المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

7

المختصر الفقهي

حقوق الطبع محفوظة

الفاروق

مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ **فاكس**: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 **دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة**

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[كتاب الشركة]

الشركة: الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكًا فقط، والأخصية بيع ملك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع، فيدخل في الأولى شركة الإرث والغنيمة لا شركة التجر، وهما في الثمانية على العكس، وشركة الأبدان والحرث باعتبار العمل في الثانية، وفي عرضه في الأولى، وقد يتباينان في الحكم شركة الشريك بالأولى جائزة، وفي عرضه في الأولى، وبالثانية ممنوعة(1).

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ ﷺ كما ذكر في البيع أن الشركة تصدق بالمعنى الأعم وبالمعنى الأخص وحد كلا منهما ما يخصه فقال في الأعمية (تقرر متمول...) إلخ فذكر جنسًا للشركة وهو التقرر وهو الثبوت فترجع إلى معنى نسبي، وقوله: متمول أخرج به ما ليس بمتمول كثبوت النسب بين إخوة وغيرهم قوله: (بين مالكين) معمول لتقرر وأخرج به غير المالكين.
قوله: (فأكثر) أدخل به ما إذا كانت الشركة بين جماعة وتأمل هذا مع ما ذكروه في قولهم فصاعدًا، وفيه خلاف بين ابن عصفور وابن الصائغ.
قوله: (ملكًا) أخرج به ملك الانتفاع كما إذا كانا ينتفعان بحبس المدارس فإنه يصدق فيه تقرر متمول... إلخ لكنه ليس بملك.
(فإن قلت): لا يدخل ملك الانتفاع حتى يخرج؛ لأن ذكر المالكين يخرج ذلك.
قُلتُ: لا يلزم ذلك؛ لأن المراد بالمالكين من يصح نسبة الملك إليهما فأخرج به من لا يصح لهما ملك فلا تصح له شركة فيكون معناه بين من يقبل الملك، وقوله: ملكًا، أي: ملكًا بالفعل وفيه ما يتأمل، قوله: (فقط) تقدمت هذه اللفظة مرارًا، ومعناها انته عن الزيادة على ما ذكر واحترز بذلك من الشركة الأخصية فإن فيها زيادة التصرف وهذه لا زيادة فيها للشريكين.
(فإن قلت): كيف تدخل في الأعمية وتصدق فيها مع أن الأخصية في جنسها ذكر البيع والبيع لا يصدق فيه التقرر، ولا يصح الإخراج إلا بعد صحة الإدخال.
(قُلتُ): الجواب أن الأخصية وإن كانت لا تدخل باعتبار صادقية الأعم باعتبار مقولتهما فهي تستلزم الأعمية باعتبار حقيقتها؛ لأن تقرر متمول من لازمها فهو قدر مشترك بينهما فلا بد من تخصيصه بما ذكر عن لازم الأخصية.
(فإن قلت): الأعم يصدق حده على الأخص والقيد المذكور، وهو قوله فقط على ما قدرته يقتضي أنه مناف لخاصية الأخص، وذلك مانع من صادقية الأعم على الأخص.
قُلتُ: هذا السؤال ظهر في المجلس بعد شرح الحد ويمكن جوابه أن نفي التصرف هو الخاصة للأعم بمعنى أنه لا يشترط فيه التصرف، وكونه لا يشترط فيه التصرف هو أعم من وجود

التصرف، والتصرف في الأخص هو الخاصية له، وذلك لا يمنع من صدق حد الأعم عليه كما تقول الحيوان من خاصته عدم اشتراط الناطقية والإنسان من خاصته وجود الناطق فتأمل ذلك وأما حد الأخصية فقال فيه رَحِمَهُ اللهُ: (بيع مالك كل...) إلخ.

قوله: (بيع مالك) جعل الجنس هنا بيعا فهو دل على أن الشركة الأخصية من البيع فصير جنسها بيعا فيقتضي أن فيها معاوضة كمن له دنانير شارك بها مالك مثلها فهذه معاوضة منهما وكذلك في مشاركة الفضة وكذلك مشاركة العروض المثلية وأما المختلفة واختلاف الدنانير مع الدراهم في الشركة في ذلك خلاف قيل يصح ذلك وقيل لا يصح وحد الشَّيخ يعم الصحيح والفاسد.

(فإن قلت): إذا صح ذلك وإن الشركة بيع فهل المراد بالجنس البيع الأعم أو الأخص فإن كان المراد الأعم فلا يصح؛ لأن الشَّيخ قد قصر ما يزيد به الأعم على الأخص على أربعة أمور وهي هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم ولم يذكر الشركة وإن قصد الأخص فلا يصح أيضًا؛ لأنه قد ذكر في رسمه ما يخرج به الصرف والمراطلة، ويلزم منه إخراج أحد صور الشركة بقوله أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، والشركة قد تكون في الذهب والفضة باتفاق وفي اختلاف على اختلاف فيه.

قُلتُ: لنا أن نختار أن المراد الأعم وليس في لفظه ما يوجب القصر أو الحصر وفيه نظر؛ لأن ظاهره إنها مقصورة لقوله فتخرج الأربعة ولا يخلو من بحث وتأمل والله أعلم.

(فإن قلت): إنما في الشركة وكالة كل منهما لصاحبه في التصرف لا بيع.

قُلتُ: بل معاوضة قارنتها وكالة ويدل على ذلك مسائل في تعاليلهم إذا تأملتها.

(فإن قلت): كيف قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: إن الشركة بيع فصيرها نفس البيع المخصوص مع أنه قال بعد في مسألة مشاركة الذمي في المدَوَّنة: ويستشكل بأن الشركة ملزومة للبيع إلى آخر كلامه، وإذا كانت ملزومة للبيع والبيع لازمها فاللازم غير الملزوم؟

قُلتُ: البيع المذكور هنا هو المقيد بالقيود المذكورة وذلك لازم مساو من خاصة الشركة كالضاحك والإنسان، وتأمل سؤال الشَّيخ الذي أشرت إليه وجوابه فكان يمضي لنا فيه مباحثة.

قوله: (مالك كل بعضه) أخرج به ما إذا باع الكل بكل فإنه ليس بشركة، ويدخل فيه الشركة بالصنف والثلث وغير ذلك من الأجزاء.

قوله: (ببعض كل الآخر) صفة لموصوف مقدر أي البعض الآخر أخرج به ما إذا باع بعضًا بكل.

قوله: (موجب) صفة للبيع، وقوله: (صحة تصرفهما) إلخ مفعول باسم الفاعل، وذلك خاص بشركة التجر وأخرج بذلك شركة غير التجر كما إذا خلطا طعامًا لأكل في الرفقة فإن ذلك لا يوجب التصرف المطلق للجميع وضمير تصرفهما عائد على المالكين وذلك يدل على أن كل واحد وكيل صاحبه في تصرفه في ملكه فشركة الإرث تدخل في الحد الأول كما ذكر وكذلك الغنيمة.

وأما شركة التجر فتدخل في الثاني لصادقية الحد الثاني عليها وشركة الإرث والغنيمة يدخلان في الحد الثاني هذا معنى قوله على العكس وفي اللفظ مناقشة لا تخفى وذلك أن يقال، أما شركة الإرث فلا تدخل في الثاني فظاهر؛ لأن في الرسم ما يمنع من دخولها كما يقال لا تدخل المراطلة والصرف

فيها: ليس لأحدهما أن يفاوض شريكا دون إذن شريكه، وله أن يشاركه في سلعة بعينها دون إذنه، وقول ابن الحاجب: أذن في التصرف لهما مع أنفسهما قبلوه ويبطل طرده بقول ملك شيء لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي وقول الآخر له مثل ذلك، وليس بشركة؛ لأنه لو هلك ملك أحدهما لم يضمنه الآخر، وهو لازم الشركة، وينفى اللازم نفي الملزوم وعكسه بخروج شركة الجبر كالورثة، وشركة المتبايعين شيئًا بينهما، وقد ذكرهما إذ لا إذن في التصرف لهما؛ ولذا اختلف في كون أحدهما كغاصب أم لا، سمع ابن القاسم ليس لأحد مالكي عبد ضربه بغير إذن شريكه إن فعل ضمنه إلا في ضرب لا يعطب بمثله أو ضرب أدب.

قال أَصْبَغ: يضمنه مطلقًا ولو بضربة واحدة كأجنبي.

ابن رُشْد: رأى مالك شركته شبهة تسقط الضمان في ضربه الأدب، وهو أظهر من

في البيع الأخص، وأما شركة التجر فكونها لا تدخل في الرسم الأول ففيه نظر؛ لأنه إذا سلم أنه رسم أعم فيصدق على ما يصدق عليه أخصه ولعل هذا يضعف الجواب عن السؤال المتقدم، وأنه لا يعني بالأعم ما قدم فيه، وفيه ما ينظر مع ما قدمناه في الجواب الوارد عليه والسؤال والله أعلم.

ثم قال رَحِمَهُ اللهُ: وأما شركة الأبدان والحرث فباعتبار العمل يدخلان في الأخصية وفي عوضه يدخلان في الأعمية وذلك؛ لأن شركة الأبدان وما شابهها يصدق فيها بيع مالك إلخ؛ لأن كل واحد قد باع بعض منافعه ببعض منافع غيره مع كمال التصرف.

وأما عوض ذلك فيدخل تحت أعمها وليس فيه تصرف، ثم قال: وقد يتباينان في الحكم أشار إلى أن الأعمية والأخصية، وإن صدق فيهما الأعم على أخصه فإن الحكم يختلف فيهما شرعًا كما ذكر انظره.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وقول ابن الحاجب قد أذن في التصرف لهما مع أنفسهما قبلوه ويبطل طرده بقول مالك شيء لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي وقول الآخر مثل ذلك وليس ذلك شركة؛ لأنه لو هلك ملك أحدهما لم يضمنه الآخر وهو لازم الشركة ونفي اللازم ينفي الملزوم وعكسه فخروج شركة الجبر كالورثة وشركة المتبائعين شيئًا بينهما، وقد ذكرهما إذ لا إذن في التصرف لهما ولذا اختلف في تصرف أحدهما هل هو كغاصب أم لا، وما ذكره رَحِمَهُ اللهُ صائب؛ لأنه إنما وجد في حده الوكالة فقط، وقد قررنا أن الشركة الأخصية اشتملت على معاوضة ووكالة؛ ولذا ألزمه ما ذكر في عدم طرد حده وما أبطل فيه العكس ظاهر؛ لأن ابن الحاجب عمم الحد للشركة، وقد قلنا بأنها أخص وأعم فإطلاق الحد المذكور يخرج الشركة الأعمية، وكذلك ما أورد عليه من شركة المتبائعين عبدًا بينهما وهو ظاهر وما رتبه الشَّيخ على ذلك من المسائل حسن انظره فلا نطيل بذكر ذلك والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

قول سَحنون؛ لأن ترك ضربه أدبًا يفسده، وعليه زرع أحد الشريكين، وبناؤه في أرض بينهما بغير إذن شريكه في كونه كغاصب يقلع زرعه، وبناؤه أم لا لشبهة الشركة، فيكون له الزرع، وإن لم يفت إلا بأن يكون عليه الكراء في نصف شريكه، ويكون له قيمة بنائه قائمًا عليه، قول ابن القاسم في إيلاد العبد أمة بينه وبين حر في نصف قيمتها جناية في رقبته، وقول سَحنون: هو دين في ذمته يتبع بما نقص نصف ثمنها عن نصف قيمتها، وحكمها الجواز كحجرهما البيع والوكالة وعروض وجوبها بعيد، وعروض موجب حرمتها وكراهتها، ودليلها الإجماع في صور بعضها، وحديث أبي داود بسنده لأبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهم»**[1]، ذكره عبد الحق وصححه بسكوته عنه، والحاكم في مستدركه، وفيه: **«خرجت من بينهما»**.

ابن شاس: أركانها ثلاثة:

الأول: العاقدان، ولا يشترط فيهما إلا أهلية التوكيل والتوكل، فإن كل واحد منهما متصرف لنفسه بإذنه، وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام وغيره، وكلهم تبع الوجيز، ويرد بوجوب زيادة وأهلية البيع؛ لأن كلا منهما بايع من صاحبه نصف ماله، ولا تستلزمها أهلية الوكالة، لجواز توكيل الأعمى اتفاقًا، وتوكيله وتقدم الخلاف في صحته كون بائعها، وروى اللخمي: لا ينبغي مشاركة من يتهم في دينه أو معاملته.

وفيها: لا يصلح لمسلم أن يشارك ذميًا إلا ألا يغيب عليه على بيع ولا شراء ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم، ويستشكل بأن الشركة ملزومة للبيع فيلزم كون ابتياع الذمي حظ المسلم مشروطًا ببيع الذمي ابتاعه من مال المسلم إلا بحضرته، ويجاب بأن عدم غيبة الذمي على البيع معتبر وقوعه لا اشتراطه، وإن سلم اشتراطه فإنما هو لكونه وكيلًا لا لكونه مبتاعًا.

اللخمي: فإن وقع استحب صدقته بربحه إن شك في عمله بالربا وبجميع ماله إن شك في عمله به في خمر، وإلا لم يكن عليه شيء.

---

(1) أخرجه أبو داود: 2/276، رقم (3383) في البيوع، باب في الشركة.

وفيها: وتجوز بين النساء وبينهن وبين الرجال.

اللخمي: يريد: إن كانت متجالة أو شابة ولا تباشره في التجارة؛ لأن كثرة محادثة الشابة للرجال تبطر معها الفتنة، فإن كان بينهما في ذلك واسطة فلا بأس.

قُلتُ: يريد: واسطة مأمونة.

المتيطي: عن ابن الهندي: إنما تجوز بين الرجال والنساء إن كانا صالحين مشهورين بالخير والدين، والفضل وإلا فلا.

وفيها: وتجوز شركة العبيد إذا أذن لهم في التجارة.

اللخمي: إن لم يكن مأذونًا له وولي البيع والشراء لم يضمن الحر وضيعة المال ولا تلفه، وكذا إن وليا معا البيع والشراء ووزن كل منهما منابه، وأغلقا عليهما ولم ينفرد الحر منهما، وإن انفرد الحر بتولي ذلك ضمن رأس المال إن هلك أو خسر.

[باب صيغة الشركة]

الصيغة: ابن شاس: ما دل على الإذن في التصرف أو ما يقوم مقامه في الدلالة فيكفي اشتركنا إن فهم المقصود عرفًا.

ابن الحاجب: ما يدل لفظًا أو عرفًا، والأولى ما دل على الحقيقة لفظًا وعرفًا.

والأول: يقتضي أن الشيء يقوم مقام نفسه، والقائم مقام شيء غيره فيكون الشيء غير نفسه.

والثاني: يقتضي كون قسم الشيء قسيما له مرتين؛ لأن ما يدل لفظا ينقسم لما يدل وضعا وعرفًا، وما يدل عرفا ينقسم لما يدل لفظًا وفعلًا، فهو كقوله الحيوان إنسان أو أبيض[1].

[باب في محل الشركة]

محلها بالذات مال أو عمل، فيها مع غيرها: جوازها بالدنانير فقط، أو الدراهم

(1) قال الرَّصاع: ما رد به على حد ابن شاس ظاهر، وكذلك ما رد به على ابن الحاجب وتأمل هل يرد على ما اختاره من الحد ما أورده ثانيا أم لا والله الموفق.

فقط جائزة.

ابن المنذر: إجماعًا.

ابن رُشْد: هو خلاف القياس.

وفي صحة القياس عليه قولان، وهي بالطعامين من صنف واحد مختلفي القيمة كثيرًا ممنوعًا.

الصقلي: اتفاقًا، وإلا فثالثها: إن لم يستو قيمتها لرواية ابن القاسم فيها قائلا: لم يجزه لها منذ لقيناه، وللصقلي: مع تخريج بعض القرويين على قول ابن القاسم بجوازها بين يزيدية، ومحمدية مختلفتي النفاق يسيرًا، وقوله فيها مع أول قولي مالك.

وفيها: لا أعلم لكراهة مالك فيه وجها.

الصقلي: علله محمد بأنه إن خلط أدى إلى لخلط الرديء بالجيد، وإن لم يخلطا بطلت الشركة وبعض شُيُوخ بعض أصحابنا فيه لبيع الطعام قبل قبضه لبقي يؤكل منهما على طعامه، وإسماعيل القاضي بافتقارها فيه لمساواة الكيل والقيمة فيه لغو، فألزمه الصقلي في المختلفين الجائز فيهما التفاضل إن استوت قيمتهما، ولم يجيزاه.

قُلتُ: وقيل: اختلاف الأعراض مطلقًا لفسخ بيعه باستحقاقه وعدمه في العين لعدم الفسخ به يصير منهما ثلثي الطعام كمختلفتي الشركة والبيع، وفي الأولى زيادة عدم المناجزة مع إجازة سَحنون الجميع، وأبي زيد عن ابن القاسم في الموازيَّة، وأحد قولي مالك وابن القاسم لاجتماع غلتين في الأولين، وانفراد غلة في العوضين.

الصقلي: عن محمد جواز الإجارة في الدنانير مع الدراهم غلط، ورواية ابن وَهْب كراهتها أخف، وما علمت من أجازه؛ لأنه صرف لا يبين به صاحبه لبقاء كل منهما على صرفه.

قُلتُ: في حمل الكراهة على ظاهرها نظر.

اللخمي: معنى رواية الجواز أنهما تناجزا فقبض كل منهما ما أخرجه صاحبه.

وفيها: إن أخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم لم يجز، وإن باع نصف ذهبه بنصف فضة صاحبه، ولا بأس أن يخرج هذا ذهبًا وفضة، وهذا مثله.

قُلتُ: ما الفرق بينهما.

قال: لأن الأولى مع الشركة صرف، وهذه ليست فيها صرف.

قُلتُ: وتقدمت معارضتهما بمنع سلمها، الثالث: بيع مد قمح ومد دقيق بمثلهما وجوابهما.

ابن عبد السلام: احتجاجه بأنه صرف وشركة غير بين؛ لأن العقود المنضمة إلى الشركة إنما هو بيع من صحتها إن كانت العقود خارجة عن الشركة نص على معنى هذا في المدَوَّنة.

قُلتُ: قوله إن كانت العقود خارجة عن الشركة نص ظاهره أن غير الخارجة غير مانعة كيف كانت صرفًا أو غيره، وليس كذلك، إنما قاله فيما ليس صرفًا لأجل ضيق الصرف وشدته؛ لأن الغير مانعة الصرف إذا كان في الشركة.

سَحنون: حسبما ذكره الصقلي عنه في تعليله، قوله: بإجازة الشركة بالدنانير وبالدراهم.

وفيها: إن اشتركا بدنانير أو بدراهم فلكل رأس ماله، ويقتسمان الربح لكل عشرة دنانير دينار، ولكل عشرة دراهم درهم، وكذا الوضيعة، ولو علم كل واحد منهما ما اشترى بماله بيعت السلع وقسم كل ثمنها كما ذكرنا، وقال غيره: لكل واحد ما عرف أنه اشتراه بماله ولا شركة له فيما اشترى بمال الآخر، وإن تفاضل المال فلأقلهما مالا أجره في عون صاحبه.

المتيطي: ذكره الشَّيخ في مختصره: على أن قول الغير خلاف لقول ابن القاسم، وأن ابن القاسم يقول: وإن عرف ما اشترى كل واحد برأس ماله من السلع؛ لأن الخلط تم بينهما، وقال أبو عمران: قول الغير وفاق؛ لأنه إذا عرف كل منهما سلعته لم تنعقد بينهما شركة، ولفظ الأمهات.

قال ابن القاسم: إذا كان ما اشترياه قائمًا بعينه بيع واقتسماه على ما وصفنا كان فيه ربح أو وضيعة.

ابن رُشْد في سماع عيسى: قول ابن القاسم: إذا اعتبرته بما يخرجه الحساب راجع إلى أن يقتسما جميع ما في أيديهما على ما فيه من ربح أو خسارة على قيمة الدنانير والدراهم يوم الفسخ، وهذا أقرب مأخذا في العمل، وقيل: يقتسمان ذلك كل قيمة

الدنانير والدراهم يوم اشتركا، وهو قول غيره في المَدَوَّنة.

الصقلي: قال بعض فقهاء القرويين: قول غير ابن القاسم لكل واحد بما اشترى بماله صواب، وهو الجاري على أصل ابن القاسم؛ لأن الشركة إذا فسدت لم يضمن أحدهما لصاحبه شيئًا؛ لتفويته متاع صاحبه وثمنه لصاحبه، كقوله إن اشتركا بعرضين مختلفي القيمة فباع أحدهما عرض صاحبه لا يضمن له شيئًا، وثمن عرضه له وبه يكون شريكًا إن عملا بعد ذلك، فكذا ينبغي إن اشترى بالدنانير والدراهم عرضًا يكون لصاحبه ذلك المال، كما كان ثمن العرض في شركة العرضين لصاحب ذلك العرض.

قُلتُ: هو قول التونسي وقبله الصقلي، ويرد بأنه لا يلزم من اختصاص رب العوض بثمنه، اختصاص رب العين بعوضها؛ لأن أصل المذهب عدم إيجاب العين اختصاص ربها بعوضها إذا حركها غيره بخلاف العقد، فذلك في صرفها من أودعته دنانير، فابتاع بها سلعة فليس لك أخذها، إنما لك أخذ دنانيرك، ولو أودعته عرضًا فباعه بعرض أو طعام فلك أخذ ثمن ما باع أو المثل مما له مثل أو القيمة مما لا مثل له.

التونسي: وقوله: (إن لم يجز قسم ما بأيديهما على قيمة الدنانير والدراهم) صواب، وفي القيمة في قول ابن القاسم نظر؛ لأنه إذا استوت قيمة الدنانير والدراهم يوم الشركة كانت السلعة بينهما نصفين فيجب أن يكون ثمنها واحد بينهما نصفين، فإن زادت قيمة الدنانير يوم القيمة فأعطى مثل دنانيره أنظر صاحب الدراهم، وكذا إن زادت قيمة الدراهم وقبله الصقلي، ويرد بأنه بناء على ترتيب القسم على قيمة الغير، وأصل المذهب خلاف ذلك؛ لأنها ليست من ذوات القيم، إنما هي من ذوات الأمثال، إنما يعتبر فيها عددها، فوجب ترتيب القسم عليها باعتبار عددها لا باعتبار قيمتها، وحمل اللخمي المذهب على قسمتهما على قيمة المالين يوم الشراء، وحمل قول ابن القاسم: أن المشترى بينهما على أنهما لم يعلما ما اشترى بمال كل واحد منهما.

قال: وحمله بعض أهل العلم على أنه ولو علماه غير صحيح، ولو كان كذلك كان المشترى بينهما نصفين؛ لأن كلا منهما اشترى ملك صاحبه، ويكون اشتراؤه فوتًا كالبيع الفاسد، ويكون قد اشتغلت ذمة كل منهما بنصف ما أخرجه من الآخر، وقول ابن القاسم: يأخذ كل منهما قدر ماله والربح على ذلك دليل أن مال كل واحد على ملكه،

ولم تعمر ذمة الآخر منه، وأما قوله يعطي كل منهما قدر ماله، أن الصرف لم يتغير، ولو تغير لاعتبر حال المالين يوم الشراء.

وفيها: نظر اعتبار التساوي بين التقدير في الوزن والقيمة لا السكة، ويسير اختلافهما في الصرف مغتفر.

اللخمي: القياس أنه لا يجوز؛ لأن الترك لموضع الشركة كما قال في شركة الطعام وتوليته: لا أقيلك إلا أن تقيلني ولا أشركك إلا أن تشركني، لم يجز بخروجهما بذلك على وجه المعروف، إلا أن يعقدا على التساوي، ثم أحضر أحدهما ماله، وفيه فضل جودة أو وزن، وتقدم لهما من المكارمة ما يفعل في ذلك دون شركة، وإن تساوى الذهبان، ولأحدهما فضل سكة، وللأخرتين، فإن كثر فضل السكة لم يجز، وإن قل جاز إن ألقياه على قول ابن القاسم، وإن اعتدلا في القيمة فعدلت قيمة جودة التبر السكة جرت على القولين، كما لو أخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم؛ لأنها حينئذ مبايعة، فيجوز إذا قبض كل منهما ما أخرج صاحبه.

وفيها: لا بأس بالشركة بعرضين مختلفين أو متفقين، أو بطعام وعرض.

الصقلي: روى محمد: ما الشركة بالعرضين من عمل الناس، وأرجوا أن لا بأس بها.

ابن رُشْد: وروي عن مالك أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين، وما هو من عمل الناس، وذلك والله أعلم؛ لأنه بيع وشركة.

قُلتُ: فظاهره عدم ذلك في العرضين المتفقين لبعد قصر التبايع فيهما لتماثلهما لا سيما إن كانا من ذوات الأمثال.

وفي الشركة بغزلين على نسجهما معا نظر؛ لأنه بيع لنصف غزله بشرط نسجه حسبما ذكره اللخمي على أصل سَحنون في الشركة بالمال للغائب، وذكر الصقلي في باب الإجارة والسلف رواية محمد بإجازته ما لم يزد أحدهما صاحبه شيئًا.

وفيها: إن اتفق قيمة العرضين المختلفين وعرف ذلك في العقد جازت شركتهما، وهو بيع لنصف عرض هذا بنصف عرض الآخر، وأن يشهد أو لم يذكر بيعا ولم يشترط التساوي فلما قوما بمفاضلة القيم، فإن لم يعملا فلا شركة، وإن عملا وفاتت السلعتان

فرأس مال كل منهما ثمن سلعته، وبقدره ربحه ووضعته؛ لأن شركتهما وقعت فاسدة.

وفي الصحيحة رأس مال كل منهما ما قومت به سلعته.

عياض: قوله: إذا فسدت إن لم يعملا وأدركت السلعتان ردتا، كذلك روايتنا وفي بعض النسخ ولم يفوتا ببيع ردتا.

قال شُيُوخنا: يفيتها حوالة الأسواق كالبيع الفاسد؛ لأن الشركة على قول ابن القاسم تلزم بالعقد الفاسد، كالبيع الفاسد.

الشَّيخ: علة فساد الفاسدة وتفاضل المالين غرر بيع في الأقل مالًا بالأفضل عمله فضل مال صاحبه وهو مجهول.

الصقلي عن بعض فقهاء القرويين: قد يقال على أن التمكين في البيع الفاسد يوجب ضمان المشتري، وإن لم يقبضه يلزم كل واحد قيمة عرضه يوم دفعه وأحضره لتمكين صاحب التصرف فيه، وإن كانت يد بائعه عليه.

ابن عبد السلام: وهذا شيء؛ لأن البائع في البيع مكن المشتري على وجه ليس للبائع معه تصرف، وفي الشركة الفاسدة إنما مكنه على أنه معه فيه التصرف فلم يفد هذا التمكين قوة ذلك التمكين.

قُلتُ: يرد بأن التمكين في مسألة الشركة لا تصرف فيه؛ لأن التصرف فيها إنما توجبه الشركة، وهي متأخرة عن لزوم القيمة المتأخرة عن التمكين ضرورة تأخر الموجب عن الموجب بالتصرف، فتأخر عن التمكين بمن يتبين وهو يتقرر دونه، فهو كالتمكين في البيع الفاسد، وبأن تصرف الشركة ليس خاصًا بالمتصرف حكمًا؛ بل فنسبته لفاعله كنسبته لشريكه فيصير بما ذكره فرقا القياس أحرويا؛ لأن التمكين فيه ملزوم لكون الممكن فيها، وهو المشتري متصرف حكمًا كتصرف المتصرف حسًا، والتمكين في البيع الفاسد عري عن كون المشتري متصرفًا؛ لأنتفاء التصرف عنه حسًا وحكمًا.

الصقلي: إن جهلًا ما بيعت به سلعته كل منهما فلكل منهما قيمة عرضه يوم البيع؛ لأن سلعة كل منهما في ضمانه إلا إن بيعت، فالبيع أفاتها كالطعامين إذا خلطا رأس مال كل منهما قيمة طعامه يوم خلطا.

اللخمي: إن اشتركا على المساواة، والقيم مختلفة لم يجز، واختلف إن نزل وفات بالبيع أو القبض، ففي المدَوَّنة: لكل منهما ما بيعت به سلعته، ولا شركة بينهما، ولا قبض؛ لأن لكل منهما التصرف فيما باعه بالبيع بعد قبضه منه، فكان القبض في المشترى كلا قبض، والقبض الصحيح ما لا تسلط لبائعه فيه، والقول الآخر أن ذلك قبض، وهو قول مالك في مسألة الشركة بذهب وفضة، صحة مناجزتهما، وإذا كان كذلك فقبض كل منهما سلعة صاحبه ضمن نصف قيمتها يوم قبضها، وصار جميع ما تجرا فيه بينهما نصفين، إذا باع كل منهما سلعة صاحبه بعد قبضها منه، وإن باعها قبل قبضها كان فيها قولان أحدهما أن بيعه كقبضه يوجب عليه نصف القيمة ويوجب له نصف الثمن، والثاني: أن ذلك ليس بقبض، وثمن السلعة لمن كانت له، وإن باع كل منهما سلعته قبل قبضها منه، أو بعد وقبل فوتها عند قابضها بحوالة سوق أو بدن بثمنها له شركة، وإن باعها بعد فوتها بيد قابضها فثمنها بينهما، وعلى كل واحد نصف قيمة سلعة صاحبه، وإن قبض أحدهما سلعة صاحبه ثم باعاها جميعًا كان له ثمن سلعته، وثمن سلعة صاحبه بينهما، وعليه لصاحبه نصف قيمتها، فإن تجروا بعد ذلك كان المشترى بينهما على قدر ذلك لأحدهما بقدر ثمن كل سلعته ونصف ثمن سلعة صاحبه، وللآخر قدر نصف ثمن سلعته فقط.

ابن الحاجب: لو وقعت فاسدة فرأس ماله ما بيع به عرضه لا قيمته يوم إحضاره على المشهور.

قُلتُ: لا وجود لمقابل المشهور إلا ما أشار إليه التونسي من التخريج على قول أشهب، ونص تخريج اللخمي على قول مالك في الشركة: بذهب وفضة، ولو وقعت فاسدة بطعامين قد خلطا ففيها رأس مال كل منهما قيمة طعامه يوم خلطا، ورواه محمد عن ابن القاسم، ولمالك ثمنه.

وفيها: تجوز الشركة بطعام ودراهم أو بعين وعروض، وقول ابن الحاجب: تصح بالعروض من جانب والنقد من جانب على المشهور، ولا أعرف مقابل المشهور في قول منهما.

ابن عبد السلام: تقدم هذا المعنى، ولعل الشاذ على المشهور في منعها بذهب

وفضة لاجتماع الشركة والصرف.

قُلتُ: تقدم لابن رُشْد الفرق بينهما، فذكره وتقدم ذكر الجودة والسكة.

وفي الشركة لمال حاضر وغائب نقل اللخمي صحتها عن مالك مع ابن القاسم، ومنعها عن سَحنون، ونقل ابن القاسم عنه الأكرية، والصقلي للفساد.

وفي كون قول بعض شُيُوخ عبد الحق أنها تجوز عند ابن القاسم بشرط قرب الغيبة، ووقف التجر بالحاضر على حضور الغائب تقييدًا نظر، والأظهر أنه خلاف لاحتجاج ابن القاسم على الجواز بقول مالك فيها.

اللخمي: عن سَحنون على أصله أنها مبايعة، والأول أحسن، إذ لو كانت مبايعة ما جازت بدنانير ودارهم من الجانبين، ولا في الحرث لإخراجهما الزريعة وإخراج أحدهما العمل، والآخر إلا ذات، والبقر للاتفاق على منع قدر من طعام بمثله، ومع أحدهما بقر والآخر عمل يد.

قُلتُ: إنما علل التونسي والصقلي قول محمد: بشرط الخلط وهو في الغائب متعذر.

قُلتُ: احتجاج ابن القاسم على جوازها بمال غائب بقول مالك: إن شارك ذو خمسمائة درهم له ألف غائبة ذو ألف وخمسمائة حاضرة تخرج بذلك المحل الألف الغائبة فتشتري بالجميع تجرا فلم يجد ألفه مباشرة بما خرج به فقط ليكل منهما من الربح بقدر ماله فيها خرج به في تمسكه بهذا نظر؛ لأنه كذلك حكم، كذلك كونها فاسدة بعد وقوعها.

قُلتُ: إن كرهه بان له مالًا غائبًا، ولا مال له غير حاضر بالربح بينهما على حاضرها، قاله محمد، وإلا ففي كونه كذلك أو بينهما نصفين ثالثها: إن اشترى بعد علمه فقد ما غاب لظاهرها، ولمحمد والتونسي، وقول اللخمي: أرى أن يسأل، فإن قال: اشتريت ببينة القصر على الحاضر صدق، وإن قال: عليه، وعليه والغائب صدق في النقض لعدمه لا في الربح؛ لأنكار ذي الحاضر فعليه في كونه رابعًا لظاهر قوله: أرى ذلك وفاقًا لمسائله لقبول إقراره وعلى نفسه وعلى قبول دعواه نظر، وعلى كون الربح للحاضر فقط في لغو زيادة عمل ذي الغائب، وثبوت أجره.

نقل اللخمي عن ابن القاسم مع التونسي عن مالك، ونقلها عن سَحنون وصوبه

اللخمي قائلا له: الأقل من أجر مثله أو الربح.

قال: وقول مالك الربح بينهما إن باع دليل أنه يرى إن غرم الألف لا يمنع العامل الاشتراء بالمالين، ولو كان للمقيم منعه لقلة مال الآخر لقال الربح بينهما نصفين، وكان له جميع الربح إن اشترى به لنفسه أنه إذا كان الحكم عند عدم الألف أن يوقف مال المقيم ولا بتجريبه له فتعدى، وتجر كان له كل الربح وهذا حكم كل مال حكمه أن لا يحرك لتجارة.

قُلتُ: هو قوله في كتاب القراض، وإذا لم يستعمل العامل المال حتى نما لمربه عن التجر به فاشترى به سلعة ضمن المال، وكان الربح له كمن تعدى على وديعة فاشترى بها سلعة.

وفيها: المفاوضة على وجهين في جميع الأشياء، وفي نوع من المتاجر.

[باب في شركة عنان]

ابن القاسم: ولا أعرف من قول مالك شركة عنان، ولا رأيت أحدًا من أهل الحجاز يعرفه.

عياض: بكسر العين ضبطناه، وهو المعروف، وفي كتب اللغة فتحها ولم أره، ومعنى كلام ابن القاسم أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم(1).

وفي كونها شركة الشريك المخصوص لا المفاوض أو في شيء بعينه، ثالثها: هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بإذن صاحبه.

لسَحنون والصقلي عن ابن عبد الحَكم، ونقل ابن القُصَّار عن بعض أصحابنا، وفي المقدمات: هي الشركة في شيء خاص جائزة إجماعًا بين كل الناس برضاهم ولازمة في كل الأسواق، وذكر قول الصقلي، قيل: هي الشركة في كل شيء ومن شيء بعينه.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: قال ابن القاسم: لا أعلم شركة عنان... إلخ، ثم ذكر الخلاف في تفسيرها فقيل: الشريك المخصوص، وقيل: الشركة في شيء معين، وقيل: هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بإذن الآخر ثم اعترض على ابن الحاجب تفسيره بخلاف ما قدمه وهو ظاهر والله أعلم.

ابن الحاجب: إن شرط نفي الاستئذان لزم، وتسمى شركة عنان.

قُلتُ: ظاهره ولو كانت غير مقصورة على نوع معين من الأموال وهو خلاف ما تقدم.

وفي كونها التجر بمال مخصوص أو معين، ثالثها: هذا بقيد عدم الاستئذان والاستبداد، ورابعها: ما قيد به مطلقًا عياض في المقدمات، وابن الحاجب إن صح.

وفي شرط ثبوت لازمها، وهو ضمان المشترك به منهما بالخلط الحكمي فضلًا عن الحسي أو به فقط قولا ابن القاسم وغيره فيها، والحكمي كون المالين في حوز واحد أو عند أحدهما، وشراء أحدهما بماله عليهما قبل حوزه تشبيها فيه دون مقابلة.

فيها: وإن جعلا صرتيهما بيد غيرهما أو في تابوتٍ أو خرجه فضاعت إحداهما فهي بينهما، وإن بقيت صرة كل واحد بيده فضياعها منه حسي كخلطها، أو جعلا عند أحدهما ولم بقيت صرة كل واحد منهما بيده حتى ابتاع أحدهما أمة على الشركة وتلفت الصرة الأخرى، والمالان متفقان، فالأمة بينهما والصرة من ربها.

عبد الحق: إن اشترى بصرته بعد التلف، فإن كان علم به حين شركته فيها وتركها له، وإن اشتراها بنفسه فهي له، وإن لم يكن علم به أو اشترى ثم كان التلف فالأمة بينهما.

الصقلي: هذا على أصل ابن القاسم.

ابن الحاجب: ولا بد من خلط المالين تحت أيديهما أو أحدهما أو يشتريا بهما.

ابن عبد السلام: قال ابن القاسم: لا بد من خلط المالين حقيقة أو كونهما في حكم المخلوطين بأن يكونا تحت أيديهما بجعلهما مجموع المالين في بيت واحد، وجعلا عليه قفلين؛ بيد أحدهما مفتاح، وبيد الآخر مفتاح، أو يكون المال تحت يد أحدهما برضى الآخر من غير شرط ذلك في العقد أو يشتريا بمجموع المالين سلعا أو سلعة، ولغير ابن القاسم: لا ينعقد بهما شركة حتى يخلطا، وظاهره أنه لا يعتبر الاختلاط الحسي.

قُلتُ: ظاهره أنه لا ينعقد عند ابن القاسم دون اجتماع المالين في حوز واحد لا يتميز، ورأى أن ذلك مبايعة نصف دينار أحدهما بنصف دينار الآخر، فغاية المناجزة الخلط، والقول الأول أحسن؛ لأن المعلوم عدم قصد المبايعة، بل القصد المبايعة بهما،

والتجر فيهما.

ثم قال في فصل آخر: قال سَحنون: لا تنعقد الشركة إلا بخلط المالين وحمل أمرهما على أن كل وأمر باع نصف ملكه بنصف ملك الآخر، وأنها مصارفة، فإذا خلطا كان ذلك قبضًا وفوتًا، وقياد قوله إذا قبض كل منهما جميع دنانير الآخر كان مناجزة، وإن لم يخلطا كان ذلك قبضا؛ لأن المقبوض بعضه صرف وبعضه وديعة، ولو صرف رجل من رجل خمسين دينارًا، أو دفع إليه مائة دينار ليكون له نصفها، ونصفها وديعة جاز.

قُلتُ: ظاهر قوله وقياد قوله إن اجتماع المالين في حوز أحدهما دون خلط، كالخلط الحسي أنه غير نص له خلاف قول الصقلي.

قال سَحنون: إن جمعا الصرتين في خرج أحدهما أو في يديه تمت الشركة.

[باب معنى الخلط في الشركة]

ففي شرطها بالخلط الحسي المفيد عدم تمييز أحدهما من الآخر، أو بمجرد اجتماعهما في حوز واحد، ثالثها: هذا أو شراء كل منهما بماله على الشركة أو أحدهما فقط في ثبوتها(1)، للخمي عن الغير، وعن سَحنون، وقول ابن القاسم فيها: وحكمها جواز استقلال كل منهما بتصرف التجر في مالهما، وإن لم يشترطاه، وأن فعل أحدهما كفعل الآخر في شفعتها ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة؛ لأن بيع أحدهما يلزم صاحبه، وفي شهاداتها: إن ادعى أحد المتفاوضين وخير على رجل دينا من شريكه، فأنكره فله تحليفه على حظ شريكه لا فعل أحدهما كفعل الآخر.

قُلتُ: من قضى ما عليه لأحدهما لآخر جاز، ولأحدهما أن ينفع أو يفارض دون إذن الآخر ويودع لعذر نزل به، ومقتضى قولها: إن باع أحدهما لأجل، ثم أخر الغريم بعد حلول الأجل جاز استيلافًا، وما باعه لأجل لا يجوز لشريكه شراؤه بأقل نقدًا، وما

---

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ في معناه خلافًا.

قيل: الخلط الحسي الذي يفيد عدم تمييز أحدهما من الآخر، وقيل: مجرد اجتماعهما في حوز واحد، وقيل: هذا أو شراء كل بماله على الشركة وهو ظاهر والله أعلم.

باعه لأجل فقضى الغريم ثمنه أحدهما قبل علمه بافتراقهما جاز، جواز بيع أحدهما بالدين دون إذن شريكه، وعزاه اللخمي لابن القاسم فيها.

قال: ولأَصْبَغ عنه لا يجوز، والأول أحسن.

الصقلي: لمالك فيها إن باع بدين ولم يذكراه في شركتهما جاز على شريكه.

وقال محمد في الموازيَّة: لا يجوز إلا بإذن شريكه، وسمع ابن القاسم في رجلين اشتركا على مال مسمى على أن ما باع أحدهما بدين ضمنه معه صاحبه أكرهه؛ لأن كلًا منهما لا يدري ما يغيب به صاحبه.

سَحنون: لا بأس به؛ لأن الشركة لا تكون إلا بضمان كل منهما لصاحبه.

ابن رُشْد: معناه إن اشتركتا في مال مسمى على أن باع أحدهما بدين ضمنه الآخر معه كرهته؛ لأن كلا منهما لا يدرى ما يغيب به عنه صاحبه من الخلاف.

سَحنون: لا بأس بذلك؛ لأن الشركة لا تكون إلا بالتفاوض والضمان من كل منهما لصاحبه.

ابن رُشْد: لم يرهما ملك باشتراكهما مال مسمى متفاوضين فيما اشتركا فيه حتى ينصا على المفاوضة بخلاف ما إذا اشتركا في جميع أموالهما، برأي ما شرطا من ضمان كل منهما ما باعه الآخر بدين غرم إلا أنه ضمن هذا نصف ما باعه على أن ضمن هذا نصف ما باعه هذا، ورآهما سَحنون متفاوضين فيما اشتركا فيه، وإن لم يشترطا ذلك كما إذا تشاركا في جميع أموالهما.

ابن الحاجب: لو باع أو اشترى نسيئة مضى وله ذلك ابتداء ما لم يحجر عليه.

قُلتُ: قوله ما لم يحجر عليه لا أعرفه، وفيه نظر؛ لأن ثبوت ذلك على المشهور إنما هو بمقتضى عقد الشركة، وما هو بمقتضى العقد يمتنع استقلال أحدهما برفعه كرفضه عهدة ما ابتاعه صاحبه عنه، وقد يجاب بأن هذا إنما فيها هو لازم للتجر من حيث استقلال أحدهما ذاته والبيع بالدين لا يلزمه، وإذا لم يكن ثابتًا في تجر القراض، وإذا كان كذلك جاز استقلال أحدهما برفعه كرفع رب المال لازم عقد القراض، وهو جواز سفر العامل بمال قبل أخذه في أهبته.

وفيها: منع تبرع أحدهما دون إذن صاحبه، إلا أن يكون أراد استيلاف التجر، وإن

وهب أحدهما أو أعار ضمن حظ شريكه إلا أن يفعل ذلك استيلافًا.

عياض: قوله: لا يجوز ما صنعه أحدهما ضمن حظ شريكه من المعروف من مال شريكه في بعض الروايات، ورواية ابن أبي عقبة، ويجوز عليه قدر حصته، وضرب عليه في كتاب ابن وضاح، وقال: طرحه سَحنون.

قُلتُ: لاحتمال خوف نقص في المال يعجز به حظه في بانيه، وعن قدر تبرعه ولا مال له غيره.

وفيها: وإن أخر أحدهما بما أوضع له نظرا أو استيلافًا للتجر جاز.

اللخمي: للشريك رده تأخير شريكه بدينهما في حظه، ويمضي في حظ المؤخر إن لم يكن في قسمها الدين ضرر، فإن كان عليهما فيه ضرر، وقال المؤخر: لم أظن ذلك يفسد علي شيئًا من الجميع، وإن لم يعلم بتأخيره حتى حل الأجل فلا شيء على المؤخر، فإن أعدم المدين بعد التأخير ضمن المؤخر حظ صاحبه، وإن أخره استيلافًا جاز على شريكه، وإن أعسر المدين إلا أن يكون المدين ممن يخشى عدمه فيرد التأخير، وإن لم يرد حتى أعسر ضمن المؤخر إن كان عالمًا بذلك، وقيل: لا يجوز التأخير للاستيلاف؛ لأنه سلف بزيادة ووضع أحدهما يرد منه كا زاد ما يراد به الاستيلاف.

وفيها: ليس لأحدهما أن يعير من مال الشركة إلا بإذن شريكه أو ما خف كغلام يسقي دابة أو ما كان استيلافًا للتجر، ولما كان فعل أحدهما بالتجر كفعل الآخر لزم كلا منهما ما ابتاعه صاحبه.

فيها: ما ابتاع أحد المتفاوضين لزم الآخر، ويتبع البائع بالثمن أو القيمة في فوت البيع الفاسد أيهما شاء.

وفيها: من ابتاع عبدًا من أحدهما فظهر على عيب فله رده، فإن غاب بائعه غيبة قريبة اليوم ونحوه تلوم له إذ لعل له حجة، وإن بعدت غيبته، فإن أقام المشتري بينة أنه ابتاع بيع الإسلام وعهدته، فإن كان العيب قديمًا رد العيب على الشريك الآخر، وإن كان يحدث مثله فعلى المبتاع البينة أن العيب كان عند البائع وإلا حلف الشريك، فإن علم أن هذا العيب كان عندنا وبرئ، فإن نكل حلف المبتاع على البت أنه ما حدث عنده، ورده الصقلي، يحلف الشريك على العلم كان العيب ظاهرًا أو خفيًا؛ لأن غيره

يتولى البيع كوارث، ولو حضر البائع حلف في الظاهر على البت، وفي الخفي على العلم، فإن نكل الشريك الذي لم يتول الشراء، فقال الشَّيخ: يحلف المبتاع على البت، وفي الموازيَّة: كما يحلف بائعه في الخفي على العلم.

زاد ابن اللباد في مسألة المبتاع: وأنه نقد الثمن، وتقدم في العيوب.

قال بعض فقهاء القرويين: لو جاء الغائب فأقر بالعيب؛ لانبغى أن يرده ويلزم ذلك الشريك الحالف، ولو أنكر لحلف، فإن نكل ففي رد جميعه أو نصفه فقط لتقدم حلف شريكه نظر.

الصقلي: الأظهر رد جميعه؛ لأن نكوله كإقراره، ويمين شريكه لغو؛ لأنه إنما حلف على عدم علمه.

قال: وإن نكل الحاضر الذي لم يتول البيع فحلف المشتري ثم قدم الغائب، فقال: أحلف وأنقض الرد على شريكي، فإن للأشبه دون ذلك له؛ لأن نكول صاحبه إنما كان؛ لأنه لا حقيقة عنده، وقد يكون ذلك في نصفه ويمضي الرد في النصف الذي للحاضر لنكوله؛ لأن متولي البيع كوكيله.

وفي المدَوَّنة: اليمين في العيب فيما باعه الوكيل على الموكل وهو الحاضر، ولو نكل.

وفيها: إقرار أحد المتفاوضين بدين في تجرهما لازم لهما لو كان الأجنبي لا يتهم عليه كجده أو جدته أو زوجته أو صديق ملاطف لم يلزم شريكه، وذكره اللخمي معزوا لمالك.

قال: ويتخرج جواز إقراره لمن يتهم عليه من إقرار من يتبين فلسه لمن يتهم، وقد اختلف فيه، والمفلس أبين في التهمة لنزع جميع ماله يبقى لا شيء له، فيولج من ماله لم يتهم كي يعيده عليه، وليس للتفرقة بأن هذا يبقى في ذمته دين وجه.

قُلتُ: التونسي أشار للتفرقة به، وليس بحيث أن يقال فيه ليس له وجه.

اللخمي: وإقرار أحدهما عند إرادة المفاصلة جائز، فإن افترقا ثم أقر أحدهما بدين أو شبهه لم يقبل إلا إن طال الافتراق، ويختلف إن قرب وادعى أنه شيء.

قال ابن القاسم في العامل: يدعي بعد المقاسمة أنه أنفق من عنده من مال القراض

وشيء ذكره عند المحاسبة لا يقبل قوله، وروى يحلف، ويكون له ذلك، والشريك مثله.

قُلتُ: يرد بأنه لم يقبله في المقيس عليه إلا بيمين، وهي في مسألة الشريك متعذرة؛ لأنها من الشريك لا تصح؛ لأنها يمين؛ لأنتفاع غيره، ومن المقر له يصير قول الشريك شهادة، والفرض أنه إقرار هذا خلاف مقتضى قوله: أنه لم يقف على القول المخرج عنده نصًّا له.

وقال الصقلي: لابن سَحنون عنه إقرار أحد الشريكين بدين بعد التفرق، يلزمهما في أموالهما، وقول ابن القاسم: لا يلزم المقر حصته؛ يريد: إن لم يحلف الشهود له.

قُلتُ: ظاهر قول سَحنون: ولو أقر بعد الطول، وتقدم نص اللخمي: الخلاف على القرب.

وقال الصقلي: أجاز فيها إقرار العبد بعد حجره سيده عليه بدين بقرب ذكر الحجر عليه ولا بعد، والأشبه إنما يجوز بقربه كما لو فلس فأقر ساعة ضرب على يده، فأما بعد تفليسه وسكوته فلا، وسمع يحيى ابن القاسم: إن قدم شريك غائب على شريكه فقال: في شيء مما بيده هو وديعة، وقال: لم أعين ربها سقط.

قوله: وإن عينه لم يأخذه حتى يحلف مع إقراره، كمن استحق حقه بيمين مع شاهد، فإن نكل أخذ حظه المقر فقط.

التونسي: ظاهره اشتراط عدالة المقر؛ لأنه جعله كشاهد، وينبغي قبول إقراره لمن لا يتهم عليه، وقد يحلفون استبراء.

ابن رُشْد: الصواب عدم شرط عدالته، وعليه يحمل السماع؛ لأنه لم يجعله شاهدًا، إنما جعله بمنزلة الشاهد، ولم يذكر هل يحلف الشريك أم لا، والوجه حلفه إن حقق عليه الدعوى أنه أقر بباطل، وإن اتهمه فلا يمين عليه، والأصل قبول إقرار الشريك إلا أنه لما كان هذا الذي أقر به ليس بدين من التجر استظهر على المقر له بيمينه كقولها آخر الوصايا في إقرار المدين يبرئ إياه من دين عليه أو ودائع أن المقر له يحلف.

وفيها لابن القاسم: إن أقام أحدهما بينة بعد موت شريكه أن مائة كانت بيده، ولم توجد ولا علم مسقطا فإن قرب موته من أخذها فيما يظن أنه لم يشغلها في تجر فهي في

حصته، وما طال لا شيء عليه فيه.

وفي النوادر عن محمد: إن أشهد على نفسه بأخذ المائة بشاهدين لم يبرأ منها إلا ببينة على ردها، وإن طال ذلك، وإما إقرار بغير تعمد إشهاد وعلى بينة، ولا كتاب فكما قال في صدر المسألة.

قُلتُ: انظر قوله: (ولا كتاب) ظاهره إن كان بكتاب لم يبرأ منه، ووجهه أنه إذا أخذها بذلك فقد وثق أحدهما ولا يبرأ إلا بدليل على البراءة.

قال محمد: إن فلس أحد المتفاوضين، ولأحدهما زوجة لها عليه مائتا دينار، وعليهما للناس ألف دينار، وجميع ما بأيديهما ألف دينار ومائتا دينار والحصاص في حظ التزوج له من المال ستمائة، وعليه سبعمائة للزوجة ومائة وإحدى وستون دينارًا وثلاثة أسباع دينار، وللغرماء أربعمائة دينار وسبعا المائة، وذلك ثمانية وعشرون دينارًا وأربعة أسباع دينار، ثم يرجع على الشريك الآخر بما أخذت زوجة هذا من الخمسمائة درهم، وذلك خمسة أسباع المائة، ويأخذون منه الخمسمائة التي لهم عليه، ثم يرجع الشريك الغارم بما أدى عنه، وذلك خمسة أسباع المائة، ويبقى لها سبعا المائة، ولابن سَحنون سأله شجرة عن رجل دفع عن أخيه وهو مفاوضه صداق امرأته، ولم يذكر من ماله ولا من مال أخيه ثم مات الدافع، ثم قال ورثته هذا من مال ولينا فأجابه إن كانا متفاوضين، وأقاما سنين كثيرة في تفاوضهما لا يطلب أخاه بشيء من ذلك، فهذا ضعيف، وإن كان بحضرة ذلك فذلك بينهما شطرين ويحاسبه إلا أن يكون للباقي حجة.

وفيها: مع غيرها ربح مال الشركة وعمله ووضعه بقدر ما لكل منهما.

اللخمي: إن أخرج أحدهما مائتي دينار والآخر مائة وهي على ثلاثة أوجه، فإن كان العمل والربح نصفين والوضيعة أثلاثًا، أو الربح معها أثلاثًا، أو لتكون الخمسون لرب المائة هبة أو سلفًا، فإن كان له ربحها وخسارتها على ربها فله ربحها اتفاقًا؛ لأنها باقية على ملك ربها، وإن جعل وضيعتها من الآخر؛ لأنها سلف أو هبة كان فيها قولان: أحدهما: ضمانها وربحها من المستلف والموهوب له والثاني: كونها من ربها؛ لأن شرط كون التجر بها من المال ولا يبين بمنع انتقال ضمانها، وهو قول مالك فيها

لقوله: (إنما أسلفه الخمسين) على أن أعانه بالعمل بضمانها من ربها وربحها ووضيعتها عليه؛ يريد: إن قصد أن يكون سلفًا لم يكن كذلك؛ لأن يدرب الثلثين متصرفة في جميع المال بالبيع والشراء.

وفي ثبوت أجر مثله في الخمسين الزائدة، ولو كان في المال وضيعة وسقوطها قولها، وقول مختصر ما ليس في المختصر: وهذا أحسن، وأرى أنه لا أجر له في الوضعية، وله في الربح لأقل من أجرة المثل أو ربحه فيها؛ لأن ربها لم يستأجر إنما جعل له العمل منهما لنفسه.

وقد قال ابن حبيب فيما يرد من فاسد القراض: لأجرة مثله إنما هي متعلقة بالربح، فإذا لم تتعلق الأجرة بالذمة في القراض مع أنه أجير على العمل فأحرى فيمن لم يكن له استئجار.

قال: وإن كان كل العمل على رب المائة على أن الربح والوضيعة نصفان كما تقدم فمن ضمنه الخمسين جعل له ربحها، ومن لم يضمنه جعل له لربها وللعامل أجر مثله في مائة وخمسين؛ لأنه عملها لربها، ويختلف في الأجرة عن خمسين، وإن شرطا الربح نصفان والوضيعة أثلاثًا جاز، وكانت المائتان قراضًا على الربح، ولم يضر شرط خلف المائتين على أحد قولي ولم يتكم مالك في هذا الوجه، وإنما جازت إذا شرط الربح والخسارة نصفين، ولذا لم يجرها مجرى القراض، ولو علم من رب المائتين فصد المعروف في سلفه الخمسين لمؤاخاة بينهما كان صحيحًا، والهبة ماضية منتقلة الملك عن معطيها، ولو كان المال بينهما نصفين وربحه ووضيعته كمائتين، وكذا لو أخرج أحدهما مائتين، ولم يخرج الآخر شيئًا على أن مائة منهما سلف أو هبة، فإن كان لصداقة بينهما بحيث أنه لو لم تكن شركة فعل ذلك جاز، وإلا لم يجز ثم يختلف في ضمان السلف والهبة أو لا ضمان لمكان التحجير، وسمع ابن القاسم من دعا أخا له إلى أن يسلفه ذهبا ويشاركه بمثلها يتجران بها في موضعهما، أو يسافران جاز إن كان على الصلة والمعروف، وإن كان لنفوذ التجر فلا خير فيه، ثم قال: ولا خير فيه بحال، والأول أحسن وأحب إليَّ.

ابن رُشْد: إن صح صدقه الربح جاز، وإن قصد نفع نفسه لم يجز اتفاقًا فيهما، فمرة

رأى مالك: الهبة في ذلك محتملة فسأله عنها وصدقه فيها، ومرة رآها بغيره، والأظهر أنه قصد نفع نفسه بر المطلوب ليستعجل سلفه المؤجل، وقيمته إن كان عرضًا ففات، فعلى أنه يسأل عن نيته ابتداء لا يصدق في ذلك، وعلى أنه لا يسأل فيهما عن ذلك يصدق في ذلك مع يمينه، ويأخذ سلفه معجلًا، ولأبي عمر اختلف قول مالك فيمن أسلف رجلًا ليشاركه على وجه الرفق، فروى ابن القاسم: جوازه وكراهته، واختار ابن القاسم جوازه، وإن كان لبصره بالتجر لم يجز.

ابن الحاجب: ولو تبرع أحدهما بعد العقد فجائز من غير شرط، وكذلك لو أسلفه أو وهبه.

ابن عبد السلام: يعني اختلاف نسبة الربح والعمل مع رأس المال، وإنما يفسد الشركة إن كان شرطًا في عقدهما، ولو تبرع به أحدهما بعده جائز، وهو بين في شركة الأموال؛ لأن المذهب لزومها بالعقد دون الشروع في العمل دون شركة الحرث، كذلك قولا سَحنون وابن القاسم، وعليه يصعب التبرع بها قبل الشروع، وظاهر نصوصهم أنه لا يقدح في صحتها.

قُلتُ: سمع ابن القاسم إن شارك ذو مائة ذا خمسين، ثم دعا ذو المائة ذا الخمسين على أن يسلفه نصف ما فضل به، وكان ذلك على غير شرط عند الشركة، ولا لحاجة من المسلف إلى من أسلفه الآن، إلا رفقًا به فلا بأس به.

ابن رُشْد: هذا كما قال، وإن شرط في سلفه أن يشاركه بذلك لم يجز، وكذا إن شرط بعد عقدها بأن يخرج مائة والآخر خمسين على الثلث والثلثين لم يجز؛ لأن الشركة من العقود الجائزة التي لا تلزم بالعقد، وإنما يفترق قوله ذلك في العقد أو بعده إن قاله على غير وجه الشرط، كقوله: تعالى أسلفك خمسة وعشرين نضيفها للتي له، وأخرج أنا مثل ذلك، ونشترك بها، أو يقول له ذلك بعد أن عقد معه الشركة على مائة له، وخمسين للآخر أثلاثًا، إلا أنه إن قال له ذلك في العقد ابتداء كان الأظهر منه قصد منفعته فيصدق في ذلك مع يمينه، وإن قاله بعد العقد حمل على أنه لم يقصد منفعة نفسه؛ إذ قد رضي بشركته فأشبه إذا كان المشترط هو الذي سأله لك، ولو قال له ذلك بعد أن عقد الشركة فاشتريا بها عروضًا للتجر على الثلث والثلثين مبلغ رؤوس أموالهما كان بيعا

جائزا وإن سمياه سلفا؛ لأنه باع منه سدس العروض بالخمسة والعشرين التي سميا سلفًا.

قُلتُ: قول ابن عبد السلام: لأن المذهب لزوم الشركة بالعقد دون الشروع، وهو مقتضى قول ابن الحاجب بجواز التبرع بعد العقد خلاف قول ابن رُشْد: أنها من العقود الجائزة، وهو مقتضى مفهوم أنه إن شرط ذلك بعد العقد أنه لا يجوز، ونحوه قول المقدمات: هي من العقود الجائزة لكل منهما أن ينفصل عن شريكه متى شاء، ولهذه العلة لم تجز إلا على التكافئ والاعتدال؛ لأنه إن فضل أحدهما صاحبه فيما يخرجه، فلما سمح لذلك رجاء بقائه معه على الشركة فصار غررًا، وجاز في المزارعة كون قيمة كراء ما يخرجه أحدهما أكثر من قيمة ما يخرجه الآخر على قول سَحنون: أن المزارعة تلزم بالعقد، وقاله ابن الماجِشُون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سَحنون، ولا يجوز فيها على القول بأنها لا تلزم بالعقد وهو معنى قول ابن القاسم في المدَوَّنة: ونص سماعه أَصْبَغ.

اللخمي: إن اشتركا بالعقد اشتريا ما لا يقدر أحدهما على شرائه بانفراده لم يكن لأحدهما الرجوع على ذلك؛ لأنهما أوجبا ما يتعلق به حق لمن طلبه، وكذا إن قدر أحدهما على شرائه وشراء الجملة أرخص، وإن كان شراء الجملة، وعلى الانفراد سواء جرت على القولين في وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد، وإن اشترطا للتجر في غير معين، وماله هذا؛ لأنقصانه فلكل منهما الرجوع، وكذا إن أخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم على القول بإجازته، فلكل رد ما أخرجه؛ لأنهما لم يقصدا الصرف إلا للشركة والتجر في المستقبل، ويجري فيها القول بلزومها لأول نضة كأحد قولي مالك في عقد كراء المشاهدة أنه يلزم منه أول شهر، وإن اشتركا بسلع، فإن قصد بيع نصف كل منهما نصف الآخر فقط فهي لازمة، ومن دعا للمفاصلة فله ذلك، وإن قصدا التربص لحوالة أسواق ترجى لموسم ونحوه، فالقول قول من دعا لتأخير المفاصلة للوقت المعتاد كسلع القراض إلا أن يكون مما ينقسم من غير عرض ولا نقص ولا ضرر فينقسم، وإن كان القصد تمادى التجر بأثمانهما فالقول قول من دعا على أحد قولي مالك في الكراء، ويكون لمن أحب التمادي الخيار في نقض الشركة في العرضين دون من أحب

التمادي فيها؛ لأن مقال من أحب التمادي أن يقول: لم أقصد بإخراج عرضي الشركة فيه إلا لرجاء التجر في المستقبل، فإذا لم يكن من ذلك عدت في عرضي ولا حجة لمن كره التمادي؛ لأن شريكه مكنه من الوجه الذي تقصد الشركة لأجله، ولو أخرجا دنانير ثم سافر أحدهما بالمال فليس لأحدهما أخذ حظه من المال، ولا حظ صحابه إليه، ولو سافرا معًا والسفر لأجل التعاون بالمالين؛ لأنهما يتجران فيه بما لا يقدر أحدهما أن يتجر فيه وحده، فالقول قول من دعا للتمادي لأول نضة.

وفيها: إن ادعى أحد الشريكين أنه ابتاع سلعة فضاعت منه صدق؛ لأنه أمين.

قُلتُ: ما لم تقم عليه تهمة كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى ذلك فيها فيسأل أهل الرفقة فلم يعلم ذلك أحد منهم أو يدعي الخسارة في سلعة لم يعلم ذلك فيها لشهرة سعرها، ونحو ذلك حسبما تقدم في دعوى مبتاع حيوان بخيار تلفه أو موته، وقول ابن عبد السلام إثر قول ابن الحاجب: والقول قول من يدعي التلف أو الخسارة.

قال الباجي: قال بعض أصحابنا: إن لم يبين العامل في القراض وجه دعواه الخسارة ضمن إن لم يرد تخريجه في الشريك، فذكر غير مناسب، وإن أراد تخريجه رد بوضوح دلالة مسائل المذهب على أن تسلط الشريك على مال الشركة أقوى من تسلط عامل القراض على ماله، ونسبته للشريك كنسبة الخصوص للمفوض إليه.

وفيها: لمالك لغو نفقتهما إن كانا ذوي عيال، وإن كانا ببلدين مختلفي السعر.

الصقلي في رواية سليمان لابن القاسم: هذا إن تقاربا في العيال.

قُلتُ: ذكرها ابن العطار غير معزوة كأنها المذهب.

التونسي: بلغني إن كان لكل منهما عيال فاختلف سعر بلديهما اختلافًا بينًا أن تحسب النفقة إذ نفقت العيال ليست من التجر.

اللخمي: القياس إن كان أحدهما في قراره وسعره أغلى حوسب بما بين السعرين مطلقا؛ لأنه لم يخرج لتجر، وإن كان الآخر أعلاهما لم يحاسب بفضل؛ لأنه خرج لتنمية المال، فإن كان كل واحد في قراره أو كان أغلاهما من هو في قراره دون من خرج لتنمية المال كان لأقلهما سعرًا أن يحاسب الآخر؛ لأن الأصل أن نفقة كل واحد عليه، وما سوى ذلك فهو للعادة، فإن كانت العادة الإنفاق من الوسط جاز على ما تجوز عليه

الشركة وهو المساواة في الانتفاع.

وفيها: لما قال مالك بلغني النفقة علمنا أن ما أنفقا إنما جاز مال التجارة والكسوة لهما أو لعيالهما تلغى؛ لأن مالكًا قال: بلغني النفقة فالكسوة من النفقة.

قُلتُ: هذا نص في لزوم كسوة من التزمت نفقته وتقدم القول فيها في النفقة.

وفيها: إلا أن تكون كسوة ليس ما بيد لها العيال مثل القصي والشرطي والوشي فهذا لا يلغى، وما اشترى أحدهما من طعام أو كسوة لنفسه أو لعياله فلبائعه أن يأخذ من ثمنه من قدر عليه فيهما؛ لأن مالكًا قال: أنه يلغى.

اللخمي: إن تساواهما العيال في العدد وتباينوا في السر تحاسبوا بالفضل كتباين العدد، وإن كانت ممن لا يبدل واشتريت من مال الشركة فربحها للشركة، وخسارتها على مشتريها، وإن علم ذلك قبل، وزن الثمن فللآخر منعه إلا على المفاضلة فيه، وإن اشتركا على الثلث والثلثين وتساويا في العيال لم ينفق صاحب الثلث إلا قدر جزئه، ولا يجوز أن ينفق بقدر عياله ليحاسب بذلك في المستقبل.

قُلتُ: هذا إن عقد الشركة على ذلك، ولو كان تطوعًا بعد عقد الشركة كان كالسلف، وقد تقدم قول ابن الحاجب، وقيل: إنما يلغى في غير أوطانهما، فقبله ابن هارون.

وقال ابن عبد السلام: لا أذكر من قاله في المذهب.

قُلتُ: في أخذه من كلام ابن شاس نظر.

قال ما نصه: الحكم إلغاء نفقتهما كانا في بلد أو بلدين، وإن اختلفت الأسعار فيهما، وقيل: ذلك إن كانا في غير أوطانهما فانظر هل لفظ قوله ذلك راجع إلى مطلق إلغاء النفقة فيكون إثباتًا لما نقله ابن الحاجب، ولا أعرف لغيرهما أو إلى إلغائهما مع اختلاف الأسعار فيكون إشارة لما قاله اللخمي فتأمله.

وفيها: إن كان لأحدهما عيال وولد وليس للآخر عيال ولا ولد حسب كل واحد ما أنفق.

وفيها: إن مات أحد الشريكين لم يكن للباقين أن يحدثوا في المال ولا في السلع شيئًا إلا برضا الورثة؛ لأنقطاع الشركة.

وفيها: لابن القاسم من أقام بينة على رجل أنه مفاوضه كان له جميع ما بأيديهما بينهما إلا ما قامت فيه بينة أنه لأحدهما بإرث أو هبة أو صدقة، أو كان له قبل التفاوض، وأنه لم يفاوض عليه فيكون له خاصة.

الصقلي: عن بعض الفقهاء، وكذا يجب لو أقام البينة عليه أنه شريكه كان شريكًا في جميع ما بأيديهما إلا ما قامت بينة أنه لأحدهما كالمفاوضة لا فرق بينهما.

اللخمي: لو أقام رجل البينة على رجل أنه شريكه لم يقض بالشركة في جميع أموالهما؛ لأنه يقع على بعض المال، وعلى جميعه.

وفي كتاب ابن سَحنون: من أقر أنه شريك فلان في القليل والكثير فهما كمتفاوضين في كل ما بأيديهما، إلا أنه لا يجوز إقرار أحدهما على الآخر بدين ولا وديعة، ولو أقر أنهما شريكان في التجارات كان ما بأيديهما من التجارات بينهما لا يدخل فيه مسكن ولا خادم ولا طعام، وإن قال أحدهما في مال بيده: ليس من الشركة هو لي من ميراث أو جائزة أو بضاعة أو وديعة لرجل صدق مع يمينه، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه من الشركة، أو أنه كان بيده يوم أقر، فإن أقر أنه كان بيده يوم أقر بالشركة كان منهما؛ لأن العين من التجارة، ولو قال: في متاع بيده من متاع التجر ليس منها ولم يزل بيدي قبل الشركة كان بينهما، ولو قال: فلان شريكي، ثم قال: إنما عينت في هذه الدار والخادم صدق مع يمينه، وإن قال: شريكي في متاع كذا صدق، وإن قال: في كل تجارة، وقال الآخر: فيما بيدك، ولست شريكي فيما بيدي صدق مع يمينه، وإن قال: في حانوت بيده فلان شريكي فيما فيه، ثم أدخل فيه غزلًا وقطنًا، وقال: ليس من الشركة، وقال الآخر: كان فيه يوم أقر، فالقول قول من قال كان فيه.

قال: وقال سَحنون: روى أشهب أيضًا القول قول من قال: أدخله بعد الإقرار ليس من الشركة.

قُلتُ: ففي كون الشركة كالمفاوضة في عموم شركتها في كل ما لأحدهما أو ما قام دليل تخصيصه بأحدهما طريقا.

الصقلي مع التونسي واللخمي: ولو اختلفا عند المفاصلة بدعوى أحدهما الثلثين، والآخر النصف ففي كونه نصفين بعد أيمانهما، وأخذه في الثلثين إياهما إلا نصف

السدس، والباقي للآخر نقلا محمد عن أشهب، وابن القاسم بناء على اعتبار اتحاد حوزهما وتسليم دعواهما، وتعقب ابن عبد السلام وغيره قول أشهب بعد أيمانهما بأنه لا موجب ليمينين به لامتناع الثلثين؛ لأن ما مضى له به منازع له فيه.

ابن فتوح: إن دعا أحد إلى أحد رجلين أنه بينهما وادعى الآخر نصفه، ففي كتاب الجدار لعيسى بن دينار: حلفا، وكان بينهما شطرين بعد أن يحلف طالب النصف أن نصفه له لا يعلم جميعه لمنازعه.

ابن فتوح: هذا وهم، إنما اليمين على مدعي النصف أنه لا يعلم جميعه لمدعي الكل، ولا يمين على مدعي الكل.

قُلتُ: وكان يمشى لنا الجواب عنه بأن تعقبه إنما يتصور باعتبار رعي دعوى مدعي الثلثين أو النصف مع قصد دعوى خصمه على النصف الآخر، وذلك يوجب تسليم النصف لمدعي الثلثين، ومن سأله خصمه مدعاه امتنع حلفه عليه، وقول أشهب: يمتنع بناء على رعي ذلك؛ لأن بناءه على رعي الدعوتين يوجب أن يكون لمدعي الثلثين النصف بتسليم خصمه، ونصف السدس باعتبار دعواهما في السدس والفرض الحكم بأنه بينهما نصفين، هذا خلاف، وإذا بطل بناه على رعي دعواهما وجب بناه على رعي تساويهما في الحوز، والقضاء بالحوز لا يستقل الحكم له دون يمين الحائز، فوجب يمين كل منهما؛ لأن الحكم إنما هو لحوزه؛ ولهذا قال الصقلي ما نصه: وحجة أشهب أنهم تساووا في الحيازة واليمين، وقول ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المالين حمل على النصف خلاف قول أشهب لإسقاطه اليمين، وخلاف قول ابن القاسم: ونقل خلاف نصوص المذهب عنه لا يجوز.

وفي النوادر: لو ادعى أحد رجلين في جدار بينهما جميعه والآخر نصفه، ففي كون الواجب لمدعي كله ثلثه أو ثلاثة أرباعه قولا مُطَرِّف وابن الماجِشُون، فالأول على قول مالك والليث وابن كنانة وأشهب وابن وَهْب وابن الماجِشُون على قول أبيه، وبه قال ابن القاسم.

وفيها: إن اشترى أحد المتفاوضين من مال شركتهما جارية، وقال: إنما اشتريتها لنفسه.

قال ابن القاسم: هي بينهما وشريكه بالخيار، وليس من فعل هذا كغاصب الثمن أو متعدي في وديعة ابتاع بها سلعة، هذا ليس عليه لرب الدنانير إلا مثل دنانيره، وهو كمبضع معه في شراء سلعة أو مقارض، أو وكيل تعدى فرب المال مخير في أخذ ما اشتراه أو تركه واختصرها البراذعي بزيادة بأن هؤلاء أذن لهم في تحريك المال فلكل متعد سنة يحمل عليه.

قُلتُ: تعليله بأنه أذن له في تحريك المال يبطل بتجر الوصي لنفسه بمال يتيمه.

فيها: يندب لجعله الربح لليتيم، ولا يجب عليه، والصواب تعليله بأنه أخذه بحركة التجر، وأصل أخذ الوصي إنما هو للحفظ لا لتنمية.

وفي وطء أحد الشريكين أمتهما طرق:

ابن رُشْد في نوازل سَحنون من الاستبراء: إن وطئها بعد إذن شريكه ففي تخيير غير الواطئ في التقويم عليه، وإبقائها ولزوم تقويمها قولها مع المشهور، وغيره مع ظاهر قولها في الشركة، وعلى الأول إن لم يقومها منع الواطئ من الغيبة عليها، وعقوبته إن جهل أخف منها إن تعمد.

اللخمي: اختلف هل لغير الواطئ ردها للشركة فمنعه ابن القاسم وأجازه غيره، وأرى إن وطئها جهلًا فله ردها، وإن تعمده حيزت عنه لشريكه إن كان مأمونًا وله أهل، وإلا فلا حتى تباع.

ولابن القاسم: من وطئ أخته من الرضاعة بملك بيعت عليه إن كان عالمًا، وإن ظن حل ذلك لم تبع عليه، وفي استبرائها من وطئ أختين بملك، ثم عادت إليه إحداهما بعد بيعها قبل وطء الباقية أن يجتمعا في ملكه؛ ومعناه: إن كان جاهلًا.

عياض: في أمهات الأولاد: معروف مذهب المدَوَّنة في هذا الكتاب وغيره تخيير غير الواطئ التقويم والتماسك، وفي الشركة ما ظاهره خلاف هذا، وأنهما قولان آخران له أحدهما تقويمها يوم وطئها، ولم يذكر تخييرًا أو نحوه في الموازيَّة واللفظ الآخر.

قوله: إن اشترى جارية لنفسه فوطئها أنهما يتقاومانها.

قال محمد بن يحيى: وكذا كل ما لا ينقسم إذا ادعى أحدهما بيعه، فإن أبى أحدهما المقاواة عرضت للبيع، وأخذها فإن أحب أمسكها بما بلغت.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن: هذا حكم المتفاوضين دون غيرهما، وقال فيها قول رابع: أنها باقية على حكم الشركة، ويعطى الشريك ما نقصها الوطء إن نقصها، وهو نحو رواية البرقي عن أشهب، لا يجب على الواطئ تقويم.

قال بعضهم: وهو القياس.

قُلتُ: قوله ونحوه في الموازيَّة عزاه اللخمي لرواية محمد، وعزا الرابع أيضًا لرواية محمد.

قال: وهو القياس.

قال: وإن نقصها الوطء؛ لأنها ثيب فلا شيء عليه، وإن كانت بكرًا فعليه ما نقصها، وإن كان ربها إنما اشترى لقصد بكارتها كان له تغريمه نصف قيمتها.

ابن الحاجب: ولو وطئ جارية للشركة فللآخر تقويمها أو إبقاؤها، وقيل: تتعين مقاومتها، وقال ابن القاسم: تتعين إن كانت في شركة مفاوضة.

ابن عبد السلام: القول الثالث لا أعلمه لغير ابن القاسم غير أن مالكًا قال في المدَوَّنة: إن كان كل واحد منهما يشتري أمة من مال الشركة يطأها ثم يبيعها ويرد ثمنها في رأس المال ولا خير في ذلك، وما بأيديهما من الجواري على هذا يتقاومانها بينهما، فلو بقي هذا القول على هذا الوجه كان قريبًا من الثالث، غير أنه منسوب لمالك لا لابن القاسم، وتممه ابن بشير القاسم لقوله: للشريك إنفادها لمن وطئها بالثمن.

فإن قال: لا أقاويه فيها، وأردها في الشركة لم يكن له ذلك.

وقال غيره: له ذلك، فإذا كان كلام ابن القاسم متممًا لقول مالك لم يبق للقول الثالث وجود، ولا نسبة لابن القاسم.

قُلتُ: يرد بأن الثالث هو ما عزاه عياض لابن أبي زَمَنَيْن؛ ومعنى عزوه له أنه حمل قول ابن القاسم عليه لا أنه أنشأه لنفسه، وقول ابن عبد السلام إن ما تممه به ابن القاسم لا يبقى للقول الثالث وجود غير صحيح، وبيانه أن المتمم حاصله أن الشريك الواطئ أن يمضي للواطئ الأمة بثمنها، وهذا؛ لأنه قصد بشرائه أنها له لا للشركة بدليل فرضه المسألة أنه اشتراها ليطأها فقصده بشرائه وطأها ظاهر في أنه اشتراها لنفسه، فكان لشريكه أن يمضي له ذلك على الأصل فيما اشتراه أحدهما لنفسه من مال

الشركة، فإن أبى ذلك فقد ألزمه حكم كونها للشركة، وعلى هذا التقدير.

قال ابن القاسم: تتعين المقاواة، ويمتنع إبقاؤها للشركة، وهو مع قيد تخصيصه بالمفاوضة السلامة من مناقضته المشهور، وهو عدم لزوم المقاواة فيحمل المشهور على عدم المفاوضة، وهذا على المفاوضة ففي لزوم تقديمها على واطئها، ثالثها: في شركة المفاوضة، ورابعها: لزوم بقائها مع غرم نقص وطئها إن نقصها لعياض عن أحد قوليها والمشهور وثاني قوليها، ونقله ابن رُشْد واللخمي.

وإن أصابها بإذن شريكه لزمته القيمة، ولو لم تحمل؛ لأنه تحليل.

قال: ولو اشتراها للتجر وليصبها، وشراؤها للتجر حسن، وعلم بذلك قبل الوطء لم يضمن الثمن، وربحها وخسارتها للشركة، وكذا إن اشتراها بغير إذن شريكه، وإن لم يعلم حتى وطئها لزمته قيمتها دون خيار، وكذا الجواب إن فعلا ذلك معًا، ولو حملت لزمت قيمتها وتمامها في أمهات الأولاد.

وفيها: ما اشترى أحدهما لطعامه أو لمنزله أو ما عرف أنه اشتراه لعياله من كسوة فلا شركة لصاحبه فيه.

[باب في شروط شركة الأبدان]

وشركة الأبدان: فيها مع غيرها: شرطها اتحاد صنعتها ومكانها[1].

وفيها: ولا يشترك هو صنعتين، وإن كانا في موضع واحد كحداد وقصار، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن اشترك حداد وخراز في حانوت واحد وصنعة كل واحد غير صنعة صاحبه فلا خير فيه، وإن كان عملهما واحدا في حانوتين مفترقين فلا بأس به.

ابن رُشْد: لا وجه لقوله لا بأس به إلا أن يكون معناه أنهما يجتمعان معًا على أخذهما الأعمال، ثم يأخذ كل واحد منهما طابقه من العمل يذهب به لحانوته يعمله فيه لرفق له في ذلك لسعة حانوته وانشراحه أو قربه من منزله وشبه ذلك.

---

(1) قال الرَّصاع: قال فيها مع غيرها شرطها اتحاد صنعتيهما ومكانيهما وهو ظاهر والله أعلم، إلا أنه ذكر شرطها ولم يعرفها فتأمله وذكر شرطها أن لم تفتقر لآلة تقاربهما في القدرة على العمل ومعرفته ووحدة العمل وانظره.

عياض: تأول شُيُوخنا ما في العتبيَّة على تعاونهما في الموضعين أو أن نفاق السلعتين في الموضعين سواء، فيكون وفاقا للمدَوَّنة؛ لأن المقصود من وحدة المكان تقارب أسواقه ومتابعه، وشرطها إن لم تفتقر لآلة تقاربهما، والقدرة على العمل ومعرفته ووحدة العمل والمكان.

قُلتُ: خرج اللخمي ما في العتبيَّة على القول بجواز استئجار الأجير على أن يأتيه بالغلة، وإن افتقرت لآلة كالكمد وصيد الجوارح وحمل الدواب ردت بشرط الاشتراك في الآلة بملك أو إجارة من غيرهما، ويجوز أن يؤاجر أحدهما نصف ألته بنصف آلة صاحبه وهما متساويان هذا ظاهر الكتاب، ولابن القاسم وغيره المنع في غير المتساوي بالملك والكراء من غيرهما، وإن لم يذكرا كراء، وتساويا فظاهر المدَوَّنة المنع، فإن وقع مضى وأجازه سَحنون، واختلف في تأويل قوله في الكتاب في ذلك، وخامس مشروطها كون عملها وقسمتهما على قدر رؤوس أموالهما في العمل.

ابن رُشْد: أجازه ابن حبيب افتراق الأكرياء في البلد إن كانت الدواب مشتركة بينهم ليس بخلاف لابن القاسم.

قُلتُ: وقول أبي عبد الله الذكي في مسائله: لو اشترك قارئ وحاسب على أن يقتسما على قدر عملهما جرى ذلك على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، يرد بقوة الغرر في الشركة، لجهل قدر عمل كل منهما، وقدر عوضه والمجهول في السلعتين قدر العوض فقط، ولا يتخرج على قول اللخمي: لو اشترك حائكان بأموالهما أحدهما يتولى النسج والآخر يحسنه ويتولى الخدمة والبيع والشراء وقيمة عملهما سواء جاز؛ لأن معموليهما لا قيم إلا بعملهما معا كالشريكين في استخراج اللؤلؤ أحدهما يغوص، والآخر يفرق أو يمسك عليه.

وفيها: إن أخرج أحدهما ثلث رأس المال والآخر الثلثين على أن العمل عليهما جميعًا والربح بينهما نصفان لم يجز، وإن كان على قدر ما أخرج كل منهما يكون ربحه وعمله ووضيعته جاز، وإن تطاول أحد القصارين على صاحبه بتابعه من الماعون لا قدر له في الكراء كقصرية ومدقة جاز، وإن تطاول أحدهما بما لا يلغى مثله لكثرته لم يجز.

وفيها: ما يقبل أحد شريكي الصنعة لزم الآخر عمله وضمانه، ويؤخذ بذلك إن افترقا.

ابن رُشْد: قال سَحنون: لا يضمن أحدهما ما تقبله الآخر، إلا أن يجتمعا على أخذه ولا يضمن أحدهما العمل عن صاحبه إلا أن يلتزما ذلك، خلاف قول ابن القاسم في الوجهين، فقول ابن القاسم في الصائغين، إن مرض أحدهما، أو غاب غيبة طويلة فعمل صاحبه في غيبته لا يكون به متطوعًا له، فعمله صحيح على أصله؛ لأنه عمل تحمل عنه بما لزمه من الضمان، فوجب رجوعه بقيمة عمله، وهو معنى قوله، وليس بخلاف قوله في كتاب الجعل والإجارة: إذا استأجر أجيرين لحفر بئر فمرض أحدهما وعمل الآخر أنه متطوع بعمله له إذ ليس أحدهما ضامنًا عن صاحبه، وإنما تستوي المسألتان على قول سَحنون الذي لا يجعل بين الصانعين ضمانًا، وقال: إن إحداهما ترد إلى الآخر، وقوله في مسألة الجعل: الحافر متطوع لرب البئر ليس بخلاف لقول ابن القاسم؛ لأنه حمل الإجارة على التعيين، تنفسخ بالموت والمرض، وحملها ابن القاسم على أنها مضمونة عليهما لا تنفسخ بالموت، وتلزم في أموالهما، ولا يختلفان فيمن يكون العامل متطوعًا له إن وقعت الإجارة مبينة في مضمون أو معين، وإنما يكون العامل متطوعًا في معين أو مضمون إن لم يحتج إلى الاستيجار على ذلك على ما قالوه فيمن حصد زرع غيره بغير إذنه.

وفيها: وإن أقعدت صانعًا في حانوت على أن تتقبل عليه المتاع، ويعمل هو والفائدة بينكما نصفين لم يجز.

[باب شركة الوجه]

ابن رُشْد: شركة الوجوه لا تصح، وفسرها بعض أهل العلم أن يبيع الوجيه مال الخامل بوجه بزيادة ربح ليكون له بعضه، وقال القاضي أبو محمد: هي أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على أن ما اشترياه يكون في ذمتهما وربحه بينهما، وكلاهما لا يجوز[1].

---

(1) قال الرَّصاع: الحد الأول مغاير للثاني والثاني يرد شركة الوجه إلى شركة الذمم.
(فإن قلت): شركة الذمم أخص من مطلق الشركة المحدودة أولا فكيف يصدق المحدود الأخص عليها وليس فيها مبايعة.
=

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لصاحبه اقعد بهذا الحانوت تبيع به، وأنا آخذ المتاع بوجهي والضمان علي، وعليه يفعلا فالربح بينهما على ما تعاملا عليه، ويأخذ أحدهما من صاحبه أجر ما يفضله به من عمل.

ابن رُشْد: مثله في عمله والربح تبع للضمان كما يتبع المال، وسمعه لو قال: له في ذلك، ولك نصف ما ربحت أو ثلثه لم يصح، فإن عملا بها دين في الحانوت أجر مثله في العمل والربح لمن أجلسه.

ابن رُشْد: لأن الربح تابع للضمان، وإذا كان من الذي أجلسه كان له الربح وأجر مثله؛ لأنه عمل على نصف الربح فيما باع، وهو غرر.

قُلتُ: وقال اللخمي: قال ابن القاسم في العتبيَّة: من شارك رجلًا، وقال: أتقبل عنك المتاع، وتعمل أنت وما رزق الله تعالى بيننا نصفين لم يجز.

اللخمي: فإن نزل ذلك، وتقبل أحدهما وعمل به الآخر بما تقبل به العامل، ولرب الحانوت أجر مثله فيما تولى من العقد مع الناس وأجر حانوته سواء دخل المتقبل منه على عمل هذا بعينه أو على مضمون.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن القاسم، ثم إن اللخمي بعد ذكره هذا عن العتبيَّة ذكر عنه المسألتين الأوليتين، وقال: فرق بين السؤالين؛ لأنه قال في الأول: الضمان عليهما، وهو يقتضي أن الشراء على ذمتيهما، وقال في الثاني: لك نصف ما ربحت، ولم يجعل عليه من الخسارة شيئًا، وذلك يقتضي أن الشراء على ذمة المشتري وحده.

[باب في شركة الذمم]

وشركة الذمم: شركة فيما يتقرر في ذمتيهما مضمونا عليهما(1).

وفيها: ولا تجوز بالذمم بغير مال على أن يضمنا ما ابتاع كل منهما، كانا في بلد

= قُلتُ: لا بد من مسامحة في إطلاق الشركة العرفية عليها وإن جرى العرف بأنها شركة فترد على الحد المتقدم والله أعلم وبه التوفيق.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (شركة) فيه مسامحة في الاشتقاق المؤدي إلى الدور إلا أن يقال: الشركة المطلقة معلومة وإنما ذكر ما يميز الأخص منها وفيه نظر لما تقدم والله سبحانه أعلم.

أو بلدين.

اللخمي: إن اشتريا سلعة صفقة واحدة فهي بينهما على الجزء الذي اشتركا فيه، وما انفرد أحدهما بشرائه في كونه كذلك لشرائه بإذن صاحبه أو اختصاصه بمشتريه قولا ابن القاسم وسَحنون، والأول أحسن؛ لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه بجعل فاسد، وللبائع أخذ كل منهما بنصف الثمن إن حضرا موسرين وإلا فإن علم شركتهما وجهل فسادها فله أخذ الموسر الحاضر بكل الثمن، وإن لم يباشر بالشراء، وإن علم فسادها لم يأخذ أحدهما عن الآخر، وإن جهل شركتهما فله أخذ متولي الشراء بكل الثمن وغيره بنصفه؛ لأنه ملك نصف سلعته.

قُلتُ: ولأَصْبَغ في سماعه كقول ابن القاسم.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لرجل: اشتر سلعة كذا، وأنا فيها شريكك لم أشرك فيها آخر، فللأول نصفها، ويخير الشريك الآخر في أخذ حظ من أشركه أو تركه.

ابن رُشْد: قوله: ليس للمشرك الثاني إلا نصف حظ من أشركه هو المشهور كما سمع يحيى من كتاب الشفعة على قياس قولها: فيمن اشترى نصف سلعة، وورث نصفها لا يبيع نصفها مرابحة حتى يبين؛ لأنه إن لم يبين وقع بيعه على ما ورث واشترى، وقيل: للمشرك كل حظ من أشركه، وهو دليل قولها في العتق الأول ... آخر مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وتقدم القول فيه.

قُلتُ: زاد فيه: إن قال يتخرج هذا الخلاف على اختلافهم فيمن باع نصف دار على الإشاعة وهي بينه وبين غيره، هل يقع بيعه على كل حظه أو على نصفه ونصف حظ شريكه،.

وفي الموطأ قال مالك: من قال لرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك، وانقد عني، وأنا أبيعها لك؛ لا يصلح؛ لأنه أسلفه على أن يبيعها له، ولو هلكت السلعة فلمن نقد الثمن أن يأخذ من شريكه ما نقد عنه.

الباجي: إن نزل ذلك فالسلعة بينهما وليس عليه بيع حظ المسلف، وإن كان باعه فله أجر مثله في بيعه، ولو علم قبل النقد لم ينقد عنه، وهما شريكان، وفيه من وجبت له سلعة بابتياع، فقال له رجل: أشركني بنصفها وأبيع لك جميعها، كان حلالًا لا بأس

به وتجب.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن اشتركا في سلعة معينة اشترياها لدين فلا بأس، وإن لم يكن لهما رأس مال، وإن قال: ما اشترى كل واحد منا بدين فنحن فيه شركاء، ولا مال لهم لم يعجبني.

أَصْبَغ: إن وقع ونفد ضمناه، وفسخت الشركة بينهما.

ابن رُشْد: مثله فيها، ولا خلاف أنهما إن اجتمعا في اشتراء سلعة معينة بدين أنه جائز وهما شريكان فيها، وإن لم يكن لهما مال وكل منهما ضامن عن صاحبه إن شرط البائع وإلا فلا.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من وقف علي وهو يشتري سلعة لم يتكلم، فلما تم البيع قال: أنا شريكك فهو شريكه، فإن أبى ألقى في السجن حتى يفعل إن اشتراها ليبيعها، ولو اشتراها لمنزله أو ليخرج بها لبلد آخر لم يكن عليه فيها شرك، ونحوه في نوازل أَصْبَغ من جامع البيوع.

قال ابن رُشْد في القضاء لأهل الأسواق بالشركة فيما ابتاعه بعضهم بحضرتهم للتجر على غير المزايدة: رفقا بهم، وهو مذهب مالك، وتبعه عليه كل أصحابه.

وفي قصرها على الطعام وعمومها في غيرها من دابة وسلعة رواية أشهب وقول ابن حبيب مع أَصْبَغ، وسماعه ابن القاسم.

وفي كون ذلك فيما بيع بالسوق فقط، وفيه وفيما بيع بالطرق والأزقة وغيرها، إلا ما اشتراه في حانوته أو داره قولا أَصْبَغ وابن حبيب.

وفي خصوص وجوب الشركة لأهل تجر تلك السلعة وعمومه فيه.

وفي كل ذي ثمن قولا أَصْبَغ مع ابن حبيب وابن الماجِشُون، وحيث تجب لهم لا تجب عليهم إن أبوا ولو قالوا له وهو يسوم تشركنا في هذا الطعام، فقال: نعم، أو سكت لزمهم ولو قال: لا لم تلزمه شركته؛ لأنه أنذرتهم ليشتروا؛ لأنفسهم لا، ولو قالوا له وهو يسوم أشركا: واشتر علينا فسكت وذهبوا ثم اشترك بعدهم لم يلزمه شركتهم وحلفه اشترى عليهم ولا أشركهم، ولو طلبهم بالشركة لتلف السلعة أو خسارة ظهرت لزمهم لسؤالهم، ولو قال لهم: نعم لزمته ولزمتهم، وكذا ما اشتراه من غير سوقه، ولو كان

يوقف به من غير أهل التجر فيه.

وفي نوازل أَصْبَغ: لو قال: قال لمن حضره لم أشترها لتجر بل لأكل الطعام أو لحرمة في الرقيق أو لركوب في الدواب أو للبس في الثوب صدق، إلا أن يدل على كذبه كثرة المشترى مما يعلم أنه لا يشترى به إلا التجر.

ابن رُشْد: يريد: يصدق مع يمينه.

وفي ثبوتها بجمع مالكي سلعتين إياها في بيعهما من ثمنها المماثل صفة وأجلًا يكتبهما في كتاب واحدٍ نقلا الصقلي عن ظاهرها، والشَّيخ عن المذهب، ورد ابن عبد السلام احتجاج الصقلي بأنه لو كان تفريق كتبهما ما هو شركة بينهما في كتابين لدفع شركتهما، وجب كون جمعهما في كتاب واحد يوجب شركتهما بأن جعله موجبًا لها يلزم منه بيع الدين بالدين بخلاف كونه بائعًا، يرد: بأن تماثل الثمنين المذكورين ينفي تقرر البيع بينهما لعدم اختصاص أحدهما بجزء منهما لما تقدم من الفرق بين إجازة شركتيهما بذهب وفضة من كل منهما، ومنع سلمها بيع إردب قمح، وإردب شعير بمثليهما، وإن ادعى أحد شريكي ما لا ينقسم لإصلاحه أمر به، فإن أبى ففي جبره على بيعه ممن يصلحه، أو بيع القاضي عليه من حظه بقدر ما يلزمه من العمل فيما بقي من حقه بعد ما بيع عليه منه، ثالثها: إن كان مليًا جبر على الإصلاح وإلا فالأول لابن رُشْد عن سماع يحيى ابن القاسم في كتاب السداد، ومالك في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الأقضية مع دليل قولها في كتاب القاسم وسَحنون قال: بناء على جواز البيع بشرط بالإصلاح، وهو قولها ومنعه مطلقًا وجوازه عند الضرورة.

ابن الحاجب: والمشرك مما لا يجب، وينقسم يلزمه أن يعمر أو يبيع، وإلا باع الحاكم بقدر ما يعمر.

قُلتُ: ظاهره أن هذا ببيع القاضي عليه بقدر ما يعمر اختص بنقله للمؤلف وهو قصور عن إدراك ما تقدم في الأسمعة المذكورة، وعزو ابن رُشْد الثاني لدليل قسمها لا أعرفه؛ بل مقتضى أخذه منه بأن بيع كل حظه ممن يشترط عليه الإصلاح منها؛ لأن البيع بشرط الإصلاح لما وقع فيها في مسألة العلو والسفل، وما نقله ابن الحاجب عن المذهب خلاف الأقوال الثلاثة لابن رُشْد، وهذا؛ لأن القول ببيع بعض حظه إنما وقع في السماع،

وذكره ابن رُشْد مرتبًا على إبايته من الإصلاح فقط لا عليه مع إبايته عن بيعه ممن يصلح، وهو نقل ابن الحاجب مرتب عليهما فهو إذن قول رابع فتأمله، وفي إجراء ابن رُشْد مرتبًا على إبايته من الإصلاح نظر؛ لأن بيع حظه إذن بشرط إصلاح المبتاع تناقض؛ لأنه تجويز للبيع بشرط الإصلاح على منع البيع بشرط الإصلاح، فإن كان لا يشترط أدى ذلك إلى بقاء الضرر الذي لأجله وجب البيع، وسمع يحيى ابن القاسم: إن ادعى بعض اشراك في كرم سقطت حيطانه وخيف عليه الفساد لإصلاحه، وأبى بعضهم، فإن كان حظ كل منهم معينًا له لم يلزم الآبي إصلاح، وإن كان مشاعًا جبر على قسمه من أباه، فإن كان به ثمرة وترك إصلاحه يضر بها جبر الآبي على تحصينه أو ببيع ممن يحصن الثمرة إن طابت وإلا جلهم أن يحصنوا ويتبعوه بمنابه من التحصين في حظه من الثمرة.

ابن رُشْد: ظاهره إن طابت الثمرة فلم يف حظه فيها بمناب إصلاحه أنه لا يلزمه أكثر من تسليمه حظه فيها لهم، والأظهر لزوم بيعه حظه حينئذ منها، ومن الأصل وإلا سلمها لهم، وظاهر قوله: إن أبى ولم تطب الثمرة أنه لا يلزمه أكثر من تسليمهم حظه من الثمرة، والقياس أنه إن لم تطلب الثمرة لزمه التحصين معهم أو بيع حظه من الثمرة، والأصل ممن يحصن معهم، وكذا سماع ابن القاسم من كتاب السداد.

وفيها: إن سقط العلو على الأسفل بهدمه، خير رب الأسفل على أن يبني أو يبيع لمن يبني.

اللخمي: قال سَحنون: إنما يجوز البيع بشرط الإصلاح إن كان البائع لا مال له، وإلا لم يجز؛ يريد: ويجبر على الإصلاح.

قُلتُ: نقله الصقلي عنه نصًا.

قال ابن القُصَّار: يجبر مطلقًا إلا أن يختار رب العلو بناء من عنده، ويمنع رب السفل من النفع به حتى يعطيه ما أنفق، وأرى أن يخير رب السفل في بنائه أو بيعه ممن يبني أو يمكن رب العلو من بنائه إن رضي على أن يشتركا فيه بقيمة كراء القاعة، وقيمة كراء البناء إلا أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء قائمًا يوم يأخذه، وإن كان سبب الانهدام وهاء العلو ورب السفل عالم حاضر ساكت لم يضمنه، وإن كان غائبًا والعلو لا يخفى سقوطه، ففي ضمانه خلاف، وضمانه أحسن، ولو قدم إليه فلم يفعل ضمن اتفاقًا، وكذا

إن كان الانهدام بوهاء السفل ورب العلو حاضر، ولم يقدم إليه أو كان غائبًا، وإذا وهى السفل ففي تعليق العلو مدة صلاح السفل اختلاف، والأولى على رب العلو.

وللصقلي عن ابن شعبان: إلا أن يريد هدمه من غير حاجة.

قُلتُ: ظاهره جواز هدمه من غير حاجة.

وفي النوادر لابن سَحنون عنه، وهو لأشهب: إن أراد رب السفل هدمه وأراد رب العلو أن يبني علوه فليس لرب السفل هدمه، إلا من ضرورة ككون معدمه أرجف لرب العلو لئلا ينهدم، ويكون ذلك سببًا يفسد عليه طوبه وينهدم بانهدامه العلو وحكى القولين فيما يكون عليه التعليق.

أبو عمران: وعزا لابن القاسم أنه على رب العلو.

وفي النوادر من كتاب نفي الضرر من العتبيَّة عن ابن القاسم عن مالك: بتعليق العلو الناشئ على صاحب الأوسط.

وفي العتبيَّة: قال سَحنون: إذا خيف على حيطان السفل فليهدمه ربه، وعليه تعليق العلو.

وروى ابن القاسم في المجموعة: إن كان لرجال منازل بعضها فوق بعض فانهدمت فليبن الأسفل منزله، ثم يبني كل واحد منهم منزله؛ يريد: إلا أعلاهم له أن يترك

وسمع ابن القاسم في كتاب الأقضية في رجلين بينهما منزل لأحدهما علوه وللآخر سفله فانكسر السقف الأدنى بسقف البيت قال: على رب الأسفل إصلاح خشبه، وجريده.

ابن رُشْد: مثله فيها ولا خلاف فيه.

وفي النوادر ما نصه: ومن كتاب ابن عبد الحَكم عن ابن القاسم قلت: على من السلم، فإن رب السفل قال: ليس هو علي، قال: هو بينهما على رب السفل إن كان له علو أن يبلغ به علوه، ثم على رب العلو لا على ما أدرك العلو الأول إلى علوه، وأعرف لبعض أصحابنا على رب السفل بناء السلم إلى حد العلو، فإن كان ثَم علو آخر فعلى رب العلو الأول من بناء السلم من حد علوه إلى مبلغ سقف علوه الذي عليه علو الآخر.

ابن عبدوس: إن احتاج رب السفل أن يرم سفله لعلو الطريق عليه، وضاق مدخله

يجبر رب العلو على أن يجبر ويرفع علوه في هواه وبنائه بثمن يدفعه له، وإن احتاج من يجري قناة جاره عليه لرفع داره لعلو الطريق عليه ورفعه يضر بالأول، له ذلك، ويقال لصاحبه: ارفع إن شئت وإلا فلا شيء لك.

قال ابن اللباد: القياس أنه ليس له رفع داره إلا بطوع من الأول.

الشَّيخ: إنما هذا إن كان للماء منفذ في الزقاق بإصلاح يسير وإن تفاحش، فالقول قول ابن عبدوس.

ولابن سَحنون عنه، وهو لأشهب: ليس لرب العلو أن يبني على علوه شيء شيئًا لم يكن إلا ما خف مما لا يضر برب السفل، فإن بنا مضرًا قلع، ولو انكسرت خشبة من سقف العلو لم يكن له إدخال خشبة أثقل منها.

وسمع أَصْبَغ أشهب: باب الدار على رب السفل.

وفي كون كنس مرحاض بالسفل يسقط فيه فضلة رب العلو على رب السفل أو عليهما بقدر عدد الجماجم.

نقلا ابن رُشْد في رسم باع شاة من سماع أَصْبَغ من جامع البيوع عن سماع أشهب لأَصْبَغ، وقول أَصْبَغ مع ابن وَهْب، وعليهما الخلاف في كنس كنيف الدار المكراة، قال أشهب: على ربها، ورواه ابن جعفر، وسمع أبو زيد ابن القاسم على المكتري على قياس قول أَصْبَغ وابن وَهْب، وفيها دليل القولين.

قُلتُ: وزاد الشَّيخ، وقال لنا أبو بكر بن محمد: إن كانت رقبة البئر لرب السفل فالكنس عليه، وإن كانت لرب العلو في رقبة البئر ملك، فالكنس عليهما على قدر الجماجم.

الشَّيخ: خرج على قول ابن القاسم وعلى قول ابن وَهْب: إنما على قول ابن القاسم: فإن كان لرب العلو ملك في البئر فعليه بقدر ملكه، وابن وَهْب: لا يسأل عن الرقبة، ويجعل الكنس على من انتفع.

وأخذ بعض متأخري أصحابنا ممن ولي الحكم بقول ابن وَهْب: إن كانت البئر محفورة في الفناء، وإن كانت البئر محفورة في رقبة الدار فالكنس على من له رقبة الملك.

وسمع أَصْبَغ أشهب: كنس تراب قاعة السفلى على رب السفل.

أَصْبَغ: مما لم يطرحه رب العلو وليس له أن يطرح فيها شيئًا حتى يجتمع، وقاله أشهب، إلا أن يكون له شرط في القسم في الاتفاق بقاعة السفل.

الشَّيخ: والقول في مرحاض بين دارين كالقول في العلو والسفل فيمن له رقبة البئر أو ليست له.

وفي نوازل عيسى من كتاب السداد: لو تهدمت رحا بين نفر أنفق فيها بعضهم فلما تمت قال: من لم يعمل هذا نصف ما أنفقت وأنا على حظي فله ذلك، ولو كان المنفق اغتلها فاختلف فيه.

قال محمد بن إبراهيم بن دينار: للمنفق بقدر ما أنفق، وقدر حظه قدر إنفاقه، ولمن لم يعلم بقدر ما كان بقي من قاعتها وسدها وحجارتها، وما كان فيه من إصلاح.

وقال ابن القاسم: مرة كل غلتها للعامل كاختصاصه بماء البئر يذهب ماؤها، ويأبى شريكه الإصلاح فيصلحها.

قال عيسى: وبهذا رأيت ابن بشير يحكم.

ثم قال ابن القاسم: في الرجل يحاصه بما اغتل فيما أنفق، ولو كان اغتل كلما أنفق رجع هذا بحظه دون غرم.

قال عيسى: فالذي أخذ به أن كل الغلة للعامل، وعليه لمن يعمل كراء حظه من القاعة، وما بقي فيها من العمل، فإن أراد الدخول معه فيما بنا دفع له ما ينوبه من قيمة العمل الذي في الرحا يوم يدخل معه، لا يوم عمله، ولا قدر ما ينوبه من النفقة إلا أن يكون ذلك بحدثانه.

قال: وقال ابن وَهْب: كابن دينار للعامل من الغلة بقدر ما أنفق، وحظه فيها، وللآخر بقدر حظه فيه، فإن كانت قيمتها غير معمولة عشرة، وبعد العمل خمسة عشر، فثلث الغلة للعامل وثلثاها بينهما، وعلى الذي لم يعمل منابه من أجر العمل في قيامه بعلمها، فإن أراد الذي لم يعمل الدخول في الرحا لم يعمل منابه من قيمة الرحا يوم يدفع له ذلك.

وقال يحيى بن يحيى: مثله كله وبه آخذ، وسمعت ابن القاسم يقول غيره.

ابن رُشْد: قول محمد بن إبراهيم ظاهره أن الغلة تفضي على منتهى نفقته، وقيمة ما

كان له من أصل الرحا، وعلى قيمة ما كان لمن لم يعلم من أصل الرحا، فإن كانت النفقة غير مضمونة فإن كانت عشرة، وقيمتها بعد العمل خمسة عشر كان للعامل ثلثا الغلة لمن لم يعمل الثلث، إذ لو أراد ذلك لقال: يكون للعامل من الغلة بقدر ما زادت نفقته في الرحا، وبقدر ما كان له فيها، وقول عيسى ابن دينار: إن أراد

من لم يعمل الدخول مع الذي عمل دفع منابه من قيمة العلم قيمته يوم يدخل معه لايوم عمله، ولا قدر ما ينوبه من النفقة التي أنفق إلا أن يكون ذلك بحدثانه مفسر لقول ابن القاسم: أن كل الغلة للعامل، ولم يبين حكم قيامه بحدثانه، وفيه قولان قائمان من المدَوَّنة، أحدهما: إعطاه منابه من مبلغ النفقة، والثاني: منابه من قيمة النفقة، إذ قد يغير في استئجار الأجراء، وما ابتاع من متاع الرحا، ولو أراد الدخول بعد أن يلي البنيان لم يلزمه إلا منابه من قيمته على حاله اتفاقًا، وتفسيره أن يقال كم قيمة الرحا على ما هي عليه من قدم بنائها، وكم كانت تكون قيمتها اليوم لو كان بناؤها جديدًا فينقص ما بين القيمتين مما أنفق أو من قيمة النفقة على ما مر من الخلاف، فما بقي عليه مما ينوبه منه، وقيل: ذلك راجع إلى أن يكون عليه منابه مما زادت قيمة الرحا من البناء على ما هو عليه بأن تقوم خربة، وعلى ما هي عليه فيكون عليه منابه مما بين القيمتين إلا أن يكون أكثر من قيمة ما أنفق، ولا يكون عليه أكثر من قيمة ما أنفق، وكذا حكى ابن حبيب عن مُطَرِّف أن عليه الأقل من قيمة البناء أو قيمة ما أنفق، ولا خلاف أنه لا يلزمه أكثر مما أنفق، فليس قول عيسى بخلاف لقول ابن القاسم الأول، إلا فيما ذكر أنه يكون عليه كمن لم يعمل كراء حظه من القاعة؛ لأن ابن القاسم لا يرى عليه في ذلك كراء؛ لأن الرحا مهدومة لا كراء لها، إنما صار الكراء ببنيانه، وقول عيسى أظهر؛ لأن الكراء فيها موجود ففي محاصة بالنفقة وعدمها ثالثها: إن تهدمت لم يحاصص، وإن كانت قائمة فانحرف بئرها فتعطلت حاصص لقولي ابن القاسم في السماع، وقوله في المبسوط وعلى عدم المحاصة ففي كون الغلة للعامل إلا أن يريد الآخر الدخول معه، ولا كراء عليه في حظ الآخر، أو مع غرمه الكراء، ثالثها: بينهما بقدر حظ العامل من الرحا على ما كانت عليه، وقدر حظ العامل منها، وقدر عمله على الاختلاف في تأويله لابن القاسم وعيسى، وسكت عن عزو الثالث.

قُلتُ: لا يخفى على من فهم هذا التفصيل إجمال نقل ابن الحاجب، وإذا انهدمت الرحا المشتركة فأقامها أحدهم، فإن أبى الباقون فعن ابن القاسم الغلة كلها لمقيمها، وعليه أجرة نصيبهم خرابًا، وعنه أيضًا يكون شريكًا بالغلة بما زاد بعمارته، فإن كانت قيمتها عشرة، وبعد العمارة خمسة عشر فله ثلث الغلة بعمارته، والباقي بينهم، ثم من أراد أن يدخل معه دفع ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفعه، وقيل: الغلة بينهم ويستوفي منها ما أنفق، وفيها مع غيرها منع أحد الشريكين مجرد الملك؛ يعني: تصرفه فيه دون إذن شريكه؛ لملزوميته التصرف في ملك الغير بغير إذنه.

الشَّيخ لابن حبيب عن الأخوين: ليس لأحد مالكي جدار أن يحمل عليه ما يمنع صاحبه من حمل مثله إن احتاج إلا بإذنه، وإن كان مما لا يصنع صاحبه من حمل مثله إن احتاج إلا بإذنه أن يحمل عليه مثله كحمل سقف بيت أو غرز خشب فذلك له، وأن يأذن له.

وفيها: أيقسم الجدار إن طلب قسمه أحد الشريكين.

قال: لم أسمع فيه شيئًا وأرى إن لم يدخل فيه ضرر، وكان ينقسم أن يقسم، وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم وتقاوماه.

الصقلي لابن حبيب عن الأخوين: لا ينقسم إلا عن تراض مجردًا كان أو حاملًا.

اللخمي: قال ابن القاسم: إن لم يكن فيه ضرر.

أشهب: لا يقسم وتقاوماه.

الصقلي: لابن حبيب عن الأخوين: لا يقسم إلا عن تراض مجردًا.

قول ابن القاسم: إن كان عليه جذوع تقاوياه غير بين؛ لأن الحمل عليه لا يمنع قيمة كالعلو والسفل، وأرى أن يقسم طائفتين على أن من صارت له طائفة فهي له، والآخر فيها الحمل، وإنما تصح المقاواة على إن صار له الحائط فللآخر فيه الحمل، وإن جارت على هذه الصفة فقسمته أولا.

قُلتُ: ظاهر قول ابن القاسم أنهما يتقاومانه كما لا ينقسم من العروض والحيوان أنه لا حمل فيه على من صار له.

قال: وصفة قسمه إذا كان جاريًا من المشرق إلى المغرب أن يأخذ أحدهما طائفة مما

يلي المشرق، والآخر طائفة مما يلي المغرب لا أن يأخذ أحدهما ما يلي القبلة، والآخر مما يلي الجوفية؛ لأن ذلك ليس بقسمة إذ كل ما يضع أحدهما عليه ثقله، ومضرته على كل الحائط، إلا أن يقتسماه على مثل أن يكون أرضه شبرين يبني كل منهما على أعلى شبر مما يليه لنفسه فيكون قيمة الأعلى، وجملة الحائط على الشركة الأولى أو يقسمانه بعد انهدامه، فيأخذ كل واحد من أرضه حظه مما يليه.

قُلتُ: فصفة قسمه عند اللخمي أن يقسم طولًا لا عرضًا، وقال أبو إبراهيم: ظاهر المدَوَّنة: قسمه طولًا لا عرضًا لقوله وكان ينقسم.

قال: وأما عرضًا فينقسم، وإن قل.

ابن فتوح: قال أحمد بن سعيد: صفة قسمه أن يقسم بخيط من أعلاه لأسفله فيقع جميع الشطر وجميع الشطر الواحد لواحد إلا أن يتفقا على قسمه عرضه على طوله.

وقال محمد بن أحمد: قال عيسى بن دينار يقسم عرضًا، يأخذ كل واحد نصفه لا ثلثه إن كان عرضه شبرين أخذ كل منهما شبرًا مما يليه، ولا تصلح القرعة بمثل هذا، وابن القاسم رأى القرعة فيرسم كل بالصفة، وينزع بينهما فيكون لكل واحد حظه لناحيته، ولا تصلح القرعة فيه إلا كذا، والحائط بين رجلين يخاف سقوطه إن طلب أحدهما إصلاحه، وأبى الآخر.

ففي النوادر أجاب عنه لشجرة سَحنون بقوله: بعض أصحابنا يرى أنه لا يجبر، وبعضهم يرى جبره أن يصلح أو يبيع ممن يصلح.

قُلتُ: ظاهر ما يأتي لابن رُشْد أن الثاني هو المذهب، ومثله أيضًا في النوادر قال: وروى ابن القاسم في المجموعة: يؤمر الآبي منهما أن يبني مع صاحبه.

قال: ولابن عبدوس عن ابن كنانة لا يجبر أحدهما على بنائه، ومن شاء منهما ستر على نفسه.

وقال ابن القاسم: يقال لمن أبى منهما: إما أن تبني أو تبيع ممن يبني أو تقاسم، ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون: يجبر الآبي على البناء، وإن طلب قسم موضع الجدار فليس له ذلك، وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب الأقضية: من له حائط، وهو ستره على جاره ليس له هدمه إلا لوجه يرى ألا يلتمس به ضررًا.

ابن رُشْد: يتحصل في حكم بنائه إن انهدم أربعة، سمع عيسى ويحيى ابن القاسم إن سقط بسماوي أو بهدم خوف سقوطه لم يلزمه بناؤه مطلقًا، وقيل لجاره: استر على نفسك إن شئت، وإن هدمه ليجبره، أو لمنفعة أجبر على بنائه إن كان له مال، وإلا فلا، وإن هدمه ضررًا لزم بناؤه إن كان له مال، وإن لم يكن له مال بيع ممن يبنيه كالحائط بين الشريكين، ولابن حبيب عن الأخوين يجبر مطلقًا كالحائط بين الشريكين وهو ظاهر قول سَحنون في هذا السماع يجبر على كل حال، ولابن الماجِشُون في الثمانية كهذا، إلا أنه إن لم يكن له مال بيع من داره ما يبني به، فإن كانت بيده صدقة أو عمره ما فلصاحبه بناؤه واتباعه دينا في ذمته.

ابن رُشْد: معناه عندي إن لم يسلم كراؤها لذلك، ورابعها قول أَصْبَغ وروايته: لا يلزمه شيء على كل حال، وله هدمه وجعله عرضًا.

قال ابن الحاجب: لو هدم الجدار أحد الشريكين، وفيه ضرر لزمه رده كما كان.

قُلتُ: هو نص الروايات في هذا الباب.

وقال ابن عبد السلام: انظر هل يدخله الخلاف المذكور فيمن هدم حائط رجل أو داره تعديًا، هل يلزمه أن يعيده على هيئته التي كان عليها؟ أو قيمة البناء قائمًا على الأصل في حكم إتلاف ما ليس بمكيل ولا موزون.

قُلتُ: الأظهر عدم تخريج القول بالقيمة؛ لأنه قصد الضرر بإتلافه عين الجدار من حيث كونه جدارًا لا بحيث كونه مولًا بدليل أنه أتلف ملكه فيه يوجب معاملته بنقيض مقصوده، وهو إلزامه إعادته وإتلافه الأجنبي لا دليل يدل على أنه أتلفه في هذه الحيثية إذ لا ملك له فيها.

قال سَحنون: ما ثبت في النجم أو في الحبس بين أرضين من زرع أو غيره فهو بينهما، ولو اختلفت الزريعة.

ابن عات: قال غيره: وكذا الشجر، فإن غرس أحدهما فيه شجرة فله نصفها ونصف قيمتها مقلوعًا.

وفي النوادر لابن سَحنون عنه في جواب ابن حبيب: من أراد أن يجير حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فيمن حائطه، وكذا لو رفعت الريح ثوب رجل فمانعته

في دار آخر لم يكن له منعه أن يدخل فيأخذه أو يخرجه له.

وفي طرر ابن عات: المشاور لمن له حائط بدار رجل الدخول إليه لافتقاده كمن له شجرة في دار رجل.

ابن فتوح: من ذهب لغير حائطه من ناحية دار جاره فمنعه من ذلك، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان له ذلك، وإن لم يحتج جاز له منعه.

قُلتُ: وهذا كالمخالف لقول المشاور له الدخول لافتقاده.

ابن عات: وقيل: ليس له ذلك؛ لأن الطر يقع في هوى جاره، إلا أن ينحت من حائطه، ما يقع عليه الطر، ومن أراد أن يطر داخل داره وبجداره حائط ولجاره فيها فمنعه من ذلك لم يكن له ذلك؛ لأن له فيه نفعًا ولا مضرة على جاره.

مسلم: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره»**، ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم(1)، وخرجه مالك في الموطأ(2).

وقال أبو داود: إذا استأذن أحدكم أخاه أن يغرز خشبة في جداره فلا يمنعه.

أبو عمر: روى إذا استأذن أحدكم جاره، وروي من سأله، والمعنى واحد.

قال يونس بن عبد الأعلى عن ابن وَهْب: سمعت من جماعة (خشبة) بلفظ الوحد.

الباجي: قال عبد الغني: كل الناسر يقولون (خشبه) على الجمع غير الطحاوي قاله على التوحيد، والمعنى واحد.

أبو عمر: حمله مالك على الندب؛ لقوله ﷺ: **«لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»**(3).

الباجي: روى ابن نافع أنه على معنى الوصية بالجار، وكان ابن الطيب يقضي به عندنا، وأراه على وجه المعروف، وإني أظنه لفي شك.

---

(1) أخرجه البخاري: 10/78 و79 في الأشربة، باب الشرب من فم السقاء، ومسلم: رقم (1609) في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(2) أخرجه مالك: 2/745، رقم (1430)، باب القضاء في المرفق في الأقضية.

(3) أخرجه أحمد: 5/72، رقم (20714).

وقال ابن القاسم: لا ينبغي منعه، ولا يقضى به عليه.

وقال الشافعي وأحمد: هو على الوجوب إن لم يكن بذلك مضرة بينة، على رب الجدار، ويأتي على رواية زياد بالقضاء بالممر في أرض الرجل لجاره إن لم يضر به أن يكون في الجدار مثله، ويحمل الحديث على ظاهره ابن زرقون، وابن رُشْد، وقال ابن كنانة مثل الشافعي.

الباجي: وعلى قول مالك في لزومه له بمجرد إذنه ظاهر قول الأخوين، وابن القاسم وأشهب لمن أباح البناء في عرصته لرجل منعه قبل بنائه.

قال: وقال الأخوان: كلما طلبه جاره من فتح باب أو إرفاق بماء وطريق وشبهه، فهو مثل الغرز.

وفي جواز غرز جار المسجد أو الجامع فيه خشبة كغير المسجد، ومنعه فتوى ابن عات مع نقله عن الشُيُوخ، وفتوى ابن العطار وابن مالك ابن عات عن المشاور: ومن أراد أن يغلق بيتًا في دراه على حائط على جاره فله ذلك إن لم يضر بجاره، ولا يمنع، واختلف في التعليق على جدار المسجد والجامع كاختلافهم في الغرز.

وسمع ابن القاسم: من له خشبة في جدار رجل أدخلها بإذنه فوقع بينهما شحناء، فقال له: أخرج خشبتك من جداري، لم يكن له ذلك على وجه الضرر، فإن احتاج لجدره لهدمه أو لنفع به فهو أولى.

ابن رُشْد: ومثله سمع أشهب في كتاب العرية.

وقال في المدَوَّنة وغيرها: لمن أذن في بناء بأرضه أو غرس أن يأمره بإخراجه ويعطيه قيمة ما أنفق، فقال ابن لبابة وابن أيمن من الشُيُوخ: أنه اختلاف قول.

وقال سَحنون: إنما فرق بينهما لقوله ﷺ: **«لا يمنعن أحدكم جاره»**[1]، الحديث. يريد: لقول من حمله على الوجوب، ولابن حبيب روى الأخوان: ليس له إخراجه ولا هدم الجدار، ولو طال الزمان واحتاج إليها ولا وارثه ولا مبتاع إلا أن ينهدم، فإن أعاده

---

(1) أخرجه البخاري: 5/79 و80 في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، ومسلم: رقم (1609) في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، والموطأ: 2/745 في الأقضية، باب القضاء في المرفق.

بعد هدمه فلا حق فيه للمعار إلا بإذن مستأنف، وكذا كل ما أذن فيه، وفيه عمل وإنفاق، وكذا الإذن في ماء بير أو عين لمن ينشئ عليه عملًا أو غرسًا، ولو شرط الرجوع متى شاء بطل الإذن قبل العمل، وبطل الشرط بعده، وما لا عمل فيه ولا كبير إنفاق كفتح باب أو طريق بأرض أو ماء لسبقه اشتفت أو لسقي شجر أنشئت قبل ذلك، فذهب ماؤها فله الرجوع فيمن أذن فيه إن لم يكن يحده بأجل فيلزمه بتمامه أو يكون المأذون له باع، وشرط لمبتاعه ما أذن له فيها فعلم الإذن فيلزمه، وقالوا فيمن أذن لرجل أن يسوق على أرض براء له، وللإذن لا رجوع له، وإن لم يتكلف المأذون له نفقة لإلزام عمر بن محمد بن مسلمة ذلك لعبد الرحمن بن عوف، واختار هذا ابن حبيب، وحكى عن أَصْبَغ أن له الرجوع فيما أذن فيه ولو فيما تكلف فيه عمل، وإنفاق إن أتى عليه من الزمان ما يعار لمثله عادة، إلا من أذن له في غرس على مائه فليس له قطعه بعد غرسه.

قال: وهو على مذهب ابن القاسم فالأقوال ستة الآتي على قول ابن لبابة، وابن أيمن: لا رجوع للآذن إلا أن يحتاج، ولا رجوع وإن احتاج، والرجوع ولو لم يحتج، ويغرم للمأذون له فيما عمل قيمة نفقته، رابعها: قول أَصْبَغ، وخامسها: الفرق بين غرز الخشبة وغيره لحديث: «**لا يمنع أحدكم...**»، وسادسها: الفرق بين ما تكلف المأذون له فيه نفقة ومالا، والاختلاف إنما هو في الإذن المبهم غير المصرح فيه بهبة ولا عارية، ويختلف إن غرس على مائه، وهو ساكت، ثم أراد قطعه، قيل: ذلك له بعد حلفه أن سكوته لم يكن رضى، وقيل: سكوته كالإذن فيجري على الاختلاف فيه.

قُلتُ: وفي الكلام عليها في العارية زيادة، وإن تنازع جاران في جدار بينهما عمل على البينة، فإن عدمت فدليل البناء السالم عن المعارض، فإن عدم قسم على أصل التداعي العاري عن مرجح، والدليل في ذلك من أعلاه فقط، ولابن سَحنون عنه لو كان حائط فوق آخر، وكل منهما لمن عنده إليه.

سَحنون: ولو كان الكراء المعدة للرفع فيها مبنية مع أصل الحائط من جهة مدعيه غير نافدة.

ابن القاسم وغيره: لو كان محل خشب مدعيه عليه.

ابن عبد الحَكم: ولو خشبة واحدة.

في كتاب ابن سَحنون: إن كان لأحدهما محل خشب ولا عقد فيه لأحدهما فقد اختلف قوله فيه.

سَحنون: وكذا بابه في حوزه والكوى النافذة للضوء.

ابن سَحنون: ووجه كون البناء لأحدهما وظهره للآخر لغو.

ابن فتوح وغيره: بعث رسول الله ﷺ حذيفة بن اليمان لرؤية معاقد الحيطان وقضى بذلك، ونقله ابن عبد السلام وقبله، ولا ينبغي.

قال عبد الحق: ذكر البزار من حديث مرهم بن مهران عن عمران بن جارية عن أبيه أن قومًا اختصموا لرسول الله ﷺ في خص، فبعث حذيفة بن اليمان يقضي بينهم، فقضى به للذي يليهم القمط، فلما رجع للنبي ﷺ أخبره، فقال: أصبت أو أحسنت[1].

قال عبد الحق: دهثم متروك الحديث، وتعاض المتماثلين يسقطهما.

ابن سَحنون: علته لو كان عقده إلى أحدهما من ثلاثة مواضع، وعقده للآخر من موضع واحد، فهو بينهما على عدد العقود، ولابن القاسم وسَحنون: إن كان لأحدهما عشر خشبات وللآخر سبع، فهو بينهما ليس لأحدهما زيادة خشبة إلا بإذن صاحبه، فإن أبى أحدهما قيل له: بع ممن يبني إن سقط البناء.

الشَّيخ: يعني: بع دارك لا الحائط، فقط.

وفي المجموعة، وكتاب ابن سَحنون عن أشهب: إن كان عقده لأحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لذي العقد، ولذي الجذوع موضع جذوعه إن انكسرت خشبة فله جعل أخرى مكانها، وقاله ابن عبد الحَكم.

أشهب: إن كان لأحدهما عليه عشر، وللآخر خمس فهو بينهما نصفان لا على العدد.

سَحنون: قال أصحابنا: ولو كان لأحدهما عليه خشبة واحدة، وللآخر عشر فهو

---

(1) أخرجه ابن ماجه، رقم (2343) في كتاب الأحكام باب الرجلان يدعيان في خص، والبزار واللفظ له: 9/ 251، رقم (3791).

بينهما نصفين.

ابن شعبان: وقيل: ليس هو بينهما نصفين، بل لكل واحد ما تحت خشبه، وبالأول أقول.

وقول ابن الحاجب: ويجلس الباعة في الأفنية للبيع - إلى قوله -: جائز بغير إذن، الكلام عليه المذكور في أثناء إحياء الموات، لقوله: ولا تحاز الشوارع بالبنيان، ولا يمنع الباعة منها، وعند قوله قبله: وحريم الدار المحفوفة بالموات، وقول ابن الحاجب هنا: والروشن وشبهه، والساقط مردود بالروشن الأجنحة، وهو قولها في كتاب القسم: من صارت الأجنحة في حظه فهي له، ولا تعد من البناء، وإن كانت في هوى الأفنية، وفي الصحاح الروشن: الكوة.

قال: والطريق المستدة الأسفل كالملك لأرباب دورها.

قال ابن هارون وابن عبد السلام: يعني أن الطريق المستدة لا يحدث أحد من أربابها فيها، ولا سباطًا إلا بإذن الباقين، وقبلاه، ولا أعرفه لأقدم من أبي عمر بن عبد البر حسبما هو مذكور في إحياء الموات، وظاهر سماع أَصْبَغ في الأقضية خلافه، ولم يقيده ابن رُشْد بالطريق النافدة فتأمله، وفي حريم البئر استيفاء ذلك.

[كتاب الوكالة]

الوكالة: نيابة ذي حقٍّ غير ذي إمرةٍ، ولا عبادةٍ لغيره فيه غير مشروطةٍ بموته(1)،

---

(1) قال الرَّصاع: الوكالة لغة تطلق على معان، أحدها: الحفظ وهو يعم هذا الباب وغيره، ثم خص ذلك شرعًا على حفظ خاص كما ذكر الشَّيخ، وهو نيابة خاصة فلا تطلق على نيابة الأمرة خلافًا لابن رُشْد، فإنه سماها وكالة، وكذلك عياض فإنه نقل عن الفقهاء أنهم استعملوها في النيابة المطلقة.
قال الشَّيخ: من تأمل وأنصف علم ما قلناه من أن الوكالة عرفا خاصة بما ذكر.
قال: لأنه المتبادر عرفًا وذلك من علامات الحقيقة على ما فيه عند الأصوليين.
قول الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ (نيابة) ذكرها جنس للوكالة؛ لأنه يشملها وغيرها وخاصة النيابة الشرعية استحقاق جاعلها فعل ما وقعت النيابة فيه ذكره الشَّيخ بعد، وإن الاستقراء من الشرع دل على ذلك قوله: (ذي حق) أخرج به من لا حق له، فإنه لا نيابة له والنيابة المذكورة أصلها اسم مصدر لا إن كانت من نوب مضعف العين ولا إن أخذت من ناب، والظاهر أخذها من نوب لقوله ذي حق هو المنوب، وقد رأيت سؤالا على ذلك أورد على الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ نذكره بعد قوله: (غير ذي إمرة) أخرج به الولاية العامة والخاصة، ويظهر أنه لو قال: غير إمرة لكان أخصر، ولو أسقط ذلك في الحد الثاني ولو كان ذكر لفائدة لما حذفه من الثاني.
قوله: (ولا عبادة) أخرج به إمامة الصلاة قوله لغيره متعلق بنيابة، والضمير عائد على المضاف إليه.
قوله: (غير مشروطة...) إلخ أخرج به الوصي؛ لأنه لا يقال فيه عرفًا وكيل ولذا فرقوا بين فلان وكيلي ووصيي وهذا بناه رَحِمَهُ اللَّهُ على ما قدمناه عنه من تحقيق خصوصيتها بما ذكر من معناها، وأورد للشيخ سؤالًا بأن اللخمي قال: تجوز الوكالة في إقامة الحد.
قال الشَّيخ: لا يقال بأن ذلك وكالة في الإمرة؛ لأن ذلك وكالة على فعل لا إمارة فيه ونقل عن بعض تلامذته إنه قال: اعترض على رسم الوكالة بأنها غير مطردة.
قال: بالإجارة في بعض صورها (وأجاب) بأنها وكالة؛ لأنهم قسموا الوكالة على قسمين بأجر وبغير أجر.
قُلتُ: هذا سؤال وجواب فيهما نظر؛ لأن الوكالة المحدودة هي التي ترجم عليها الفقهاء، وهي لا تصدق على الإجارة التي ترجم عليها الفقهاء، وإن وجدت نيابة فيها بالاستلزام ومما يدل على ذلك أن المقولة مختلفة؛ لأن الإجارة جنسها عقد والوكالة جنسها نيابة والله أعلم ورأيت بخط تلامذته ما كتبه مما أورد على المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في حده لها ما معناه أورد بعض الطلبة، ويقال إنه تلميذه الفقيه سيدي الأبي على شيخه أن قول الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: نيابة إلخ هذا مصدر، فأما أن يكون مضافًا إلى فاعله أو إلى مفعوله وكلاهما باطل، أما بيان بطلان إضافته إلى فاعله؛ فلأن النيابة لا تعقل إلا في حق الوكيل لا في غيره وهو الموكل فبطل أن الإضافة للفاعل، وأما بطلان الإضافة إلى المفعول فلان في اللفظ ما

ينافي ذلك لقوله نيابة ذي حق لغيره تمنع الإضافة إلى المفعول، وقد يضاف لا إلى الفاعل ولا إلى المفعول تقول العرب له صوت صوت حمار فصوت مصدر مضاف لغيرهما ومنه قوله ولا نكتم شهادة الله، وتأمل هذا الجواب ففيه ما لا يخفى وليس المصدر في الآية ولا في المثال مثل الحد إذا تأملت ذلك، والصواب أن يقال إن النيابة اسم مصدر من التنويب، والإضافة للفاعل ولا إحالة في ذلك، ثم إن الشَّيخ ﷺ قال: يحتمل أن يقال إن النيابة مساوية في المعرفة للوكالة، فالتعريف لها بها دور فلما ذكر هذا الاحتمال عرفها برسم آخر فقال: هي جعل ذي أمر غير إمرة التصرف فيه لغير الموجب لحوق حكمه جاعله كأنه فعله، قوله: جعل الجعل بمعنى التصيير، قوله: ذي أمر أي صاحب أمر وعدل عن النيابة لما تقدم، انظر: لأي شيء عدل عن حق إلى أمر، وقوله: أمر الأمر والحق يظهر أن الأمر أعم من الحق.

قوله: غير ذي إمرة أخرج به نيابة إمام الطاعة أميرًا أو قاضيًا.

قوله: الموجب لحوق حكمه جاعله صفة للتصرف، وجاعله مفعول بلحوق وأخرج بذلك إمام الصلاة.

قال: لعدم لحوق فعل نائب الصلاة الجاعل؛ ومعناه: أن التصرف المجعول وصفه بأنه يوجب لحوق حكمه للجاعل حتى يصير كأنه الفاعل، وإمام الصلاة ليس فعله كذلك.

قال: وتخرج الوصية؛ لأن فعل صاحبها يوجب لحوقه بغير الجاعل.

(فإن قلت): هذا بناء على أن الوصي نائب في فعله عن المقدم عليه لا عن المقدم، والمعلوم أنه عن المقدم وهو الجاعل.

قُلتُ: هذا فيه بحث فإنه وإن صدق أنه نائب عن المقدم فهو نائب عن المقدم عليه أيضًا فصح خروجها، وتأمل ما ذكره الشَّيخ ابن عبد السلام في فصل الحجر، وأنه نقل الخلاف: إذا قدم القاضي رجلًا على أيتام هل هو وكيل عن القاضي، أو أن القاضي جبر الخلل الذي تركه الأب وهو عدم التقديم.

قال: وبنوا على ذلك إذا علم المقدم رشد المحجور هل يدفع المال له دون مشورة قاض.

قال: وهو المشهور أو لا بد من مشورته فتأمل هذا النقل مع ما نقل غيره، وتأمل إن مقدم القاضي قيل: فيه أنه وكيل عن القاضي في قول والله سبحانه أعلم، ثم إن الشَّيخ -رحمه الله ورضي عنه- أتى بحد ابن الحاجب بقوله: هي نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا باطل ضرورة بما ذكر خروجه من إمام الطاعة وما ذكر معه هذا ما ذكر ويبطل طرده أيضًا بأداء واجب عن الغير لا بأمره كقضاء دين عليه، قال: ابن هارون ويبطله أيضًا النيابة في المعاصي كالسرقة والغصب، ورده الشَّيخ ﷺ: بأنا نمنع صادقية النيابة على ذلك واستدل على ذلك بالاستقراء والاستعمال فإنهما دلا على أن شرط النيابة استحقاق جاعلها فعل ما وقعت النيابة فيه، فتأمل هذا الكلام فإنه حسن إن صح الاستقراء من الشرع كما ذكر، وقد صح عند الشَّيخ ذلك ولذا ذكر النيابة في جنس حده، والله أعلم.

فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرًا أو قاضيًا أو صاحب صلاةٍ والوصية، ولا يقال النيابة في حق ذي إمرةٍ وكالةٌ لقول اللخمي تجوز الوكالة في إقامة الحدود؛ لأن إقامة الحد مجرد فعل لا إمرة فيه، هذا ظاهر استعمال الفقهاء، وجعل ابن رُشْد ولاية الأمراء وكالة، ونحوه قول عياض استعمل لفظ الوكالة في عرف الفقهاء في النيابة خلاف ذلك، ومن تأمل وأنصف علم صحة ما قلناه؛ لأنه المتبادر للذهن عرفا، ويأتي لهم الفرق بين قوله: فلان وكيلٌ أو وصيٌّ، ويحتمل أن يقال النيابة مساويةٌ للوكالة في المعرفة فتعريفها بها دورٌ، فيقال: هي جعل ذي أمرٍ غير إمرة التصرف فيه لغيره الموجب لحوق حكمه فاعله

ثم ذكر كلام شيخه ابن عبد السلام ورد عليه بأحسن كلام في مناقضة لفظه وبيان حسن إلزامه وذلك أن شيخه رحمه الله قال: ظاهر لفظ ابن الحاجب أنه سلك به مسلك الرسوم كعادته في أوائل الكتب، والأقرب أنه لم يرد هذا، وإن معنى الوكالة جلي وهو النيابة لا يحتاج إلا إلى تفسير اللفظ فقط لا إلى حد ولا إلى رسم، وإنما يحتاج إلى محل الوكالة فيكون قصده بيان ما تصح فيه الوكالة؛ ولذا قال الجوهري: والوكيل معروف.

قال الشَّيخ رضي الله عنه: عنه بعد نقله هذا الكلام، قوله أولًا: ظاهر لفظه أنه رسم مناقض لقوله ثانيا الأقرب أنه لم يرده؛ لأن الظاهر أقرب للفهم من غيره فجعل نقيضه أقرب يناقضه وقوله: لا يحتاج إلا إلى تفسير اللفظ باللفظ نص منه أنه تعريف لفظي وحمله على ذلك لا ينجيه من التعقب؛ لأن شرط التعريف اللفظي اتحاد مدلول اللفظين وهما هنا متغايران؛ لأن مدلول النيابة أعم من مدلول الوكالة لصدق النيابة على ما لا تصدق عليه الوكالة، فإن النيابة تصدق على إمام الطاعة والوصية ولا تصدق الوكالة على ذلك فصار كمن عرف القمح بقوله هو الحب المأكول وهذا بحث حسن وما استدل به الشَّيخ ابن عبد السلام من كلام الجوهري فيه بحث لا يخفى.

(فإن قلت): هل يدخل في حد الشَّيخ الوكالة المطلقة والمقيدة أو لا تدخل إلا المقيدة.

قُلتُ: الظاهر دخول الوكالتين في الحد؛ لأن الأول قال: ذي حق لغيره فيه حق فالحق لا إن كان مطلقًا ولا إن كان عامًا إلا ما خصصته الفقهاء من ذلك لعرف أو غيره.

(فإن قلت): إذا قال لرجل أقر عني أو اعترف عني بمائة دينار، فهل هذه الصورة وكالة أو اعتراف من الآمر فإن كانت وكالة فكيف يصح دخولها في الحدين.

قُلتُ: هذه الصورة ذكرها المازري رحمه الله، وذكر فيها وجهين عن الشافعيَّة والذي حقق الشَّيخ أن ذلك من باب الوكالة وأنه لا فرق بين إقراره بذلك أو جعله ذلك بيد غيره فانظره، ويؤيده ما قدمه إذا قال المشتري: بعني لرجل وأن ذلك يدل على إرادته الشراء ورضاه.

قال: لأن العرف يقتضي أن الطلب للشيء إرادة له والله الموفق.

كأنه فعله فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرًا أو قاضيًا أو إمام الصلاة لعدم لحوق فعل النائب في الصلاة الجاعل، والوصية للحوق حكم فاعله غير الجاعل.

وقول ابن الحاجب: هي نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة يبطل طرده بما ذكر خروجه وأداء واجب عن الغير لا بأمره كقضاء دين عنه بغير أمره ونحوه، وأبطله ابن هارون بالنيابة في المعاصي كالسرقة والغصب وقتل العدوان، وعزه في ذلك قول ابن شاس: لا تصح في المعاصي كالسرقة وقتل العمد العدوان، ويرد بمنع صادقية النيابة على ذلك؛ لأن الاستقراء والاستعمال يدل على أن شرط النيابة استحقاق فاعلها فعل ما وقعت النيابة فيه، وبأنه إن جعل الإنسان غيره فاعلًا أمرًا إن كان يمتنع أن يباشره أو لا حق له في مباشرته فهو أمر، وإن صحت مباشرته وكان له فيها حق فهو نيابة، فجعل الإنسان غيره يقتل رجلًا عمدًا عدوانًا هو أمرٌ لا نيابة، وجعله يقتل قصاصًا له نيابة ووكالة.

وقال ابن عبد السلام: ظاهر لفظه أنه سلك به مسلك الرسوم كعادته في أوائل الكتاب، والأقرب أنه لم يرد هذا، وأن معنى الوكالة وهو جلي وهو النيابة لا تحتاج إلا تفسير اللفظ فقط لا إلى حد ولا رسم، وإنما يحتاج إلى محل الوكالة فيكون مقصده بيان ما يصح فيه الوكالة؛ ولذا قال الجوهري: والوكيل معروفٌ.

قُلتُ: قوله أولًا: ظاهره أنه رسم مناقض لقوله ثانيًا: الأقرب أنه لم يرده؛ لأن الظاهر أقرب للفهم من ظاهره، فجعل نقيضه أقرب يناقضه.

وقوله: لا يحتاج إلا إلى تفسير اللفظ باللفظ نص منه في أنه تعريف لفظي، وحمله على ذلك لا ينجيه من التعقب؛ لأن شرط التعريف اللفظي اتحاد مدلول اللفظين وهما هنا متغايران؛ لأن مدلول النيابة أعم من مدلول الوكالة لصدق النيابة على مالا تصدق عليه الوكالة، فإن النيابة تصدق على نيابة إمام الطاعة فيما ذكرناه وعلى الوصية، ولا تصدق الوكالة على شيء من ذلك، فصار ذلك كمن عرف القمح التعريف اللفظي بقوله: هو الحب المأكول.

وحكمها لذاتها الجواز، ورواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه وقلت: أردت الخروج إلى خيبر، فقال: **«إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على**

ترقوته»[1]، وصححه عبد الحق بالسكوت عنه، وتعقبه عليه ابن القطان بأنه من رواية ابن إسحاق.

وقال ابن عبد الحق فيه: في كتاب الصلاة رماه مالك بالكذب، وقال: نحن نفيناه من المدينة، وتعرض لها سائر الأحكام بحسب متعلقها كقضاء دين تعلق لا يوصل إليه إلا بها والصدقة والبيع المكروه والحرام ونحو ذلك، وحكى المازري الإجماع على جوازها.

[باب فيما تجوز فيه الوكالة]

اللخمي: تجوز الوكالة فيما تصح فيه النيابة البيع والشراء والجعل والإجارة واقتضاء الدين وقضاؤه وعقد النكاح والطلاق وإقامة الحد وبعض القرب، وتبعه المازري إلا أنه أضاف ذلك للنيابة لا الوكالة، ولا تجوز النيابة في أعمال الأبدان المحضة كالصلاة والطهارة، وكذا الحج إلا أنه تبعد الوصية به، وينقض قوله في أعمال الأبدان المحضة بقولها مع غيرها في العاجز عن الرمي لمرضه في الحج يرمي عنه.

ابن شاس: لا تجوز الوكالة في العبادات، ولا في المالية كأداة الزكاة وفي الحج خلاف، وتقدم للمازري القول فيه من حيث الوصية به لا الوكالة عليه.

ابن شاس: ولا تجوز في المعاصي كالسرقة ويلحق بالعبادة الشهادات والأيمان واللعان والإيلاء منها.

قال ابن الحاجب وابن شاس: وتجوز في الكفالة كالحوالة والبيع.

ابن عبد السلام: أي يجوز أن يوكل من يتكفل عنه في حق من وجب عليه.

قُلتُ: فيه نظر؛ لأن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة فتأمله، وقال ابن هارون: هو أن يوكله على أن يتكفل عنه لفلان بما على فلان، وهذا أقرب من الأول؛ لأن الموكل هنا في المثال يصح منه الفعل، وينبغي أن يزاد فيه أنه كان التزام لرب الدين الذي على فلان أنه يأتيه بكفيل به

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3632) في الأقضية، باب في الوكالة.

عنه بحيث يكون الإتيان بالكفيل حقا على الموكل المذكور.

قال ابن شاس: ولا تصح بالظهار؛ لأنه منكر من القول وزور، وخرج عليه ابن هارون الطلاق الثلاث.

وقال ابن عبد السلام: الأقرب عندي في الظهار أنه كالطلاق؛ لأنه إذا قال الوكيل زوجة فلان موكلي على هذا هي عليه كظهر أمه هي كقوله امرأة موكلي طالقٌ عليه، وذلك أن الظهار والطلاق إنشاء مجرد كالبيع والنكاح، وأما اليمين فمتضمنة للخبر عن فعل عند الموكل، ولا يدري الوكيل حقيقة ما حلف عليه.

قُلتُ: قوله ولا يدري الوكيل ما حلف عليه، يرد بعلمه ذلك بإخبار موكله بذلك، ويرد قياسه الظهار على الطلاق وجمعه فيه بمجرد الإنشاء بالفرق بأن الطلاق يتضمن إسقاط حق للموكل بخلاف الظهار، والاستقراء يدل على أن كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل وما ليس كذلك لا يصح.

وقوله: غير خاص به، احترازًا ممن وجبت عليه يمين لغيره فوكل غيره على أدائها فإنه حق عليه فلا يجوز فيه التوكيل؛ لأن حلف غيره غير حلفه فهو غير الحق الواجب عليه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: قال اللخمي: تجوز الوكالة فيما تصح فيه النيابة والبيع والشراء والجعل والإجارة واقتضاء الدين وعقد النكاح والطلاق وإقامة الحد وبعض القرب.
قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وتبعه المازري إلا أنه أضاف: ذلك للنيابة لا للوكالة.
ثم قال الشَّيخ: بعد والاستقراء يدل على أن كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل، وما ليس كذلك لا يصح.
قال: وقولنا: غير خاص به احترزنا به بمن وجبت عليه يمين لغيره فوكل غيره على أدائها، فإنه حق عليه ولا يجوز فيه التوكيل؛ لأن حلف غيره غير حلفه فهو غير الحق الواجب عليه.
(فإن قلت): الذي يفهم من كلام اللخمي رَحِمَهُ اللهُ أن الأشياء التي تجوز فيه الوكالة عرفها بما تجوز فيه النيابة، وإذا كان كذلك وقد قدمناه أن الوكالة الشرعية هي أخص من النيابة لزم من ذلك المساواة وذلك مناف لما قدمناه.
قُلتُ: لا يلزم ذلك؛ لأن العموم والخصوص فيهما باعتبار مصدوقهما، ولا يلزم التساوي بما ذكر أن النيابة خاصة بما ذكر من الأمثلة.
=

وفي نوازل أَصْبَغ: تصح على الإقرار نصًا، ولم يحك ابن رُشْد فيه خلاف.

ابن عات: في الكافي لأبي عمر: جرى العمل عندنا أنه إذا جعل الموكل لوكيله الإقرار لزمه ما أقر به عند القاضي، وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل مذهب مالك أنه

(فإن قلت): ما تصح فيه النيابة مجهول للسامع فكيف يصح التفسير به.

قُلتُ: له أن يقول أنه قد فسره بقوله البيع والشراء إلخ فهو تفسير لما تصح فيه النيابة شرعًا فتصح في مثل ذلك الوكالة.

(فإن قلت): ما معنى قول الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وتبعه المازري إلخ، وقوله: إلا أنه أضاف ذلك للنيابة لا للوكالة.

قُلتُ: يظهر أن الإشارة عائدة إلى المثل، وإن اللخمي أضافها للوكالة والمازري أضافها إلى النيابة وفي ذلك إشكال، وهو يناقض ما قدمناه الآن من الجواب عن السؤال المتقدم، وإن اللخمي لم يقصد تفسير ما تجوز فيه الوكالة بما تجوز فيه النيابة كما بيناه إلا على ما يفهم من كلام الشَّيخ، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ نقل عن المازري أنه قال: ولا تجوز النيابة في أعمال الأبدان المحضة كالصلاة والطهارة وكذلك الحج إلا أنه تنفذ الوصية به.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وينقض قوله في أعمال الأبدان المحضة بقولها مع غيرها في العاجز عن الرمي لمرض في الحج يرمي عنه.

(فإن قلت): هل تدخل في كلام اللخمي الوكالة في الكفالة.

قُلتُ: يظهر إنه لا يصح ذلك وإن كان ابن الحاجب قد ذكر ذلك وشرحه ابن عبد السلام، فإنه يجوز أن يوكل من يتكفل عنه، وقد رده الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: بإن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته، وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة، وشرحه ابن هارون بوجه آخر يمكن دخول الكفالة فيه انظره.

(فإن قلت): وهل تصح الوكالة في الطلاق؟

(قُلتُ): نعم، وقد نصوا عليه، وأما الظهار فقال ابن هارون: لا تصح في الظهار؛ لأنه منكر من القول.

قال: ويجري عليه الطلاق الثلاث، ثم إن ابن عبد السلام قاس الظهار على الطلاق فكما تصح الوكالة في الطلاق تصح في الظهار؛ لأن الطلاق والظهار إنشاء مجرد، وفرق الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ بينهما بأن الطلاق يتضمن إسقاط حق الموكل بخلاف الظهار.

(فإن قلت): ما ذكره الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ من ضابط ما يجوز فيه التوكيل، أعني قوله والاستقراء إلخ هل يرجع إلى كلام اللخمي أو يخالفه.

قُلتُ: يظهر أنه يرجع إليه معنى وهو أحسن من كلام اللخمي طردًا وعكسًا، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

لا يلزمه إقراره وهذا في غير المفوض إليه.

قال: واتفق الفقهاء فيمن قال: ما أقر به على فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه، وقبله ابن عات.

فإن قلت: ما نقله عن اتفاق العلماء أنه لا يلزمه هل هو خلاف قول أَصْبَغ الذي تلقاه أهل المذهب بالقبول أم لا؟

قُلتُ: ظاهر قول ابن عبد السلام إثر نقله قول أَصْبَغ هذا معروف المذهب، وقال أبو عمر: إلى آخر كلام ابن خويز منداد أنه خلافه، والأظهر أنه ليس بخلاف؛ لأن مسألة أَصْبَغ نص فيها: على توكيله على الإقرار عليه وهو ملزوم لجعله قوله كقوله، ومسألة ابن خويز منداًد إنما صدر منه أن ما أقر به فهو لازم له، فصار ذلك كقوله ما شهد به على فلان حق، وهذا لا يلزمه حسبما يذكر في موضعهن.

وفي نوازل أَصْبَغ: تصح الوكالة على الخصام دون جعل الموكل توكيله إقرارًا عنه، ويقبلها الحاكم ويحكم له وإن لم يجعل له فيها إلا المدافعة.

ابن رُشْد: هذا خلاف ما ذهب إليه ابن العطار أنها لا تقبل على الخصام حتى يكون فيها الإقرار والإنكار، ونزلت فقضى فيها ألا تقبل حتى يحضر مع وكيله ليقر بما يوافقه عليه خصمه أو يكون في وقت الحكم قريبًا من مجلس القاضي، وذكر المتيطي قول ابن العطار غير معزو وكأنه المذهب، وقال: هذا هو المشهور وبه العمل عند القضاة والحكام، ويظهر من فعل بعض من تقدم من القضاة بتونس أنه يقبلها دون إقرار فيها إلا أن يطلب الخصم حقه في شرط الإقرار، وكما قاله بعضهم في توجه اليمين دون خلطة إلا أن يقوم بذلك المدعي عليه.

قال ابن الحاجب: والمعتبر الصيغة وما يقوم مقامها.

ابن عبد السلام وابن هارون: ما يقوم مقامها كالإشارة في حق الأخرس.

وقال ابن شاس: معلومًا بالنص أو عموم اللفظ أو بالقرائن أو العادة.

قُلتُ: قوله: أو بالعادة كقولنا في ذبح الولد أضحية أبيه وإنكاحه أخته حسبما ذكره في الأضحية والنكاح، وفي نوازل أَصْبَغ: وهي على الخصام فقط لا تشمل صلحًا ولا إقرارًا، ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص من موكله عليه، فلم يذكر فيه ابن رُشْد

خلافًا، وسمع عيسى ابن القاسم: من وكلت رجلًا على خصومة في قرية، وأنها فوضت إليه وأمره جائز فيما يصنع ولم تذكر بيعًا ولا غير ذلك، فباع القرية بعد أن صالح فيها وصارت للمرأة لا يلزمها بيعه.

ابن رُشْد: الأصل أن الوكيل لا يتعدى ما سمى له فيما وكل عليه، وإنما أجاز في هذا السماع للوكيل على الخصومة صلحه فيها لقول موكله: فوضت إليه في الخصومة وجعلت أمره جائزًا فيما يصنع فيها، فليس بخلافٍ لقول أَصْبَغ: ليس للوكيل على الخصومة صلح، ولا بخلاف لقول عيسى في نوازله: من وكله على تقاضي ديونه وفوض إليه النظر فيها لا يجوز للوكيل صلحه عنه في شيء منها ولو كان نظرا؛ لأن تفويضه النظر في اقتضاء ديونه لا يقتضي مصالحته لإمكان إعادته لتعجيل ما يقتضي النظر تعجيله، وتأخير ما يقتضي النظر تأخيره.

وقال بعض الناس: إن قول ابن القاسم هذا خلاف قول عيسى وليس بصحيح، وقولنا: إن سمى في الوكالة شيئًا لا يتعداه، وإن نص على التفويض له في الوكالة؛ لأن ذلك يعود إلى ما سمى هو، بينٌ من قول أَصْبَغ في نوازله.

قُلتُ: ولم يحك خلافًا في عدم شمول وكالة الخصام صحة إقرار الوكيل على موكله.

وقال المتيطي: قال أبو عمر في كافيه: اختلف قول مالك في قبول إقرار الوكيل بالخصومة عند القاضي على موكله فمرة أجازوه ومرة أباه، وقال: لا يلزم موكله ما أقر به عليه.

قُلتُ: وكذا وجدته في كافيه.

المازري: لو قال لوكيل: أقر عني لفلان بألف درهم ففي الإقرار من الآمر وجهان للشافعيَّة، والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله: أقر عني، فأضاف قول الوكيل لنفسه، وقد قال أَصْبَغ: من وكل رجلًا وجعله في الإقرار عنه كنفسه فما أقر في الوكيل يلزم موكله، وظاهره أنه يقول بذلك في أقر عني، وقول ابن عبد السلام: ليس فيما ذكره من قول أَصْبَغ كبير شاهد يرد بأنه محض دعوى غير مقرونة بدليل في مقابلة مستدل عليه، واستشهاد المازري واضح أنه لا فرق بين أمر الموكل

وكيله بفعل شيء وبين جعله ذلك الأمر بيده، كقوله بع هذا الثوب أو جعلت بيعه بيدك، هذا إن حملنا قول المازري على أن قول الوكيل ذلك كقول الموكل فيكون حاصله لزوم إقرار الوكيل لموكله ما وكله على الإقرار به عنه، وهو ظاهر قوله والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله: أقر عني، وإن حملناه على ما فهم ابن شاس منه أن قوله: أقر عني بكذا إقرار منه بذلك.

قال ابن شاس ما نصه: لو قال لوكيله أقر لفلان عني بألف درهم فهو بهذا القول كالمقر بالألف.

قال المازري: واستقرأه من نص بعض الأصحاب.

قُلتُ: فإن حملناه على هذا صح قول ابن عبد السلام: ليس فيها ذكره كبير شاهدٍ.

ابن شاس: ولا بد في الصيغة من القبول وإن وقع بالفور فواضح، وإن تأخر ففي لغوه قولان على الروايتين في لغو التخيير بانقضاء المجلس.

المازري: التحقيق الرجوع لاعتبار المقصود والعادة هل المراد من اللفظ استدعاء الجواب عاجلًا أولا كان مؤخرًا؟

قُلتُ: زاد المازري عن بعض أشياخه الفقهاء إجراء الخلاف في التخيير على الخلاف في كون الأصل على الفور أو على التراخي.

قال: فذكرته لإمامي في الأصول فلم يقبله، وقال: الأولى جريه على خلاف الأصوليين في العموم في المعاني.

قُلتُ: إن قيل: ما هو خلاف الأصوليين في المعاني؟

قُلتُ: المناسب فيه هنا ما أشار إليه الفهري لا ما قاله ابن الحاجب في ثاني مسألة من العموم.

قال الفهري في شرح المعالم: التوكيل بالبيع المطلق يرى أبو حنيفة تناوله الإذن في البيع بالغبن الفاحش وغيره، والشافعي يقول لا إشعار للفظ بقبول البتة.

قُلتُ: فتناوله الوكالة القبول بعد المجلس كتناول البيع الإذن بالثمن البخس وعدم تناولنا كقدم تناوله، ووجه رده الإجزاء على القول أنه من عوارض الامر والطلب والوكالة ليست بطلب إنها هي إنشاء يثبت نقلًا وجعلًا كطلقت وبعت

وأعتقت، والمصنف يعلم أن هذه الأمور لا طلب فيها.

وتعقب ابن عبد السلام التخريج على عدم إعمال التخيير بعد المجلس بأنه لضرر الزوج في ملك العصمة عليه مع عدم قدومه على عزل الزوجة، وفي الوكالة هو قادر على عزل وكيله يرد بقبول بعد المجلس عمل به الوكيل، وبأن قدرته على دفع ضرره بتأخير جوابها بوقفها عاجلًا كقدرة الموكل على العزل.

إن قلت: العزل سقط ما بيد الوكيل، ووقف الزوجة لا يسقط ما بيدها.

قُلتُ: وقفها يصير جوابها عاجلًا، ولا خلاف في لغو ضره بجوابها العاجل.

وشرط صحتها علم متعلقها خاصًا أو عامًا بلفظ أو قرينة أو عرف خاص أو عام، فلو أتى بلفظ التوكيل مطلقًا كأنت وكيلي أو وكلتك فطريقان.

ابن بشير وابن شاس: لغو وهو قول ابن الحاجب لم يفد، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون.

وقال ابن رُشْد في رسم أسلم من سماع عيسى ما نصه: وإنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيئًا، وكذا الوصية إذا قال الرجل: فلان وصي ولم يزد على ذلك كان وصيًا له في كل شيء من ماله وبضع بناته، ولهذا المعنى قالوا في الوكالة: أنها إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت.

قُلتُ: فظاهر قوله: إن قال: أنت وكيلي أو وكلتك عم ذلك وصح وكان تفويضًا.

والحاصل إن بين متعلق التوكيل خصوصًا أو عمومًا لزم قصده عليه، وإعماله فيه إلا ما خص ولو بعادة.

ابن بشير وابن شاس: إن قال: وكلتك بما إلي من قليل وكثير شملت يد الوكيل جميع الأشياء، ومضى فعله فيها إذا كان نظرا وما ليس نظرا هو معزول عنه عادة إلا أن يقول له افعل ما شئت ولو كان غير نظر، وتبعهما ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون.

ومقتضى أصل المذهب منع التوكيل على غير وجه النظر؛ لأنه فساد، وفي البيوع الفاسدة منها تقييد بيع الثمر قبل بدو صلاحه بقوله: إذا لم يكن فسادًا، ويأتي نقل اللخمي عن المذهب منع توكيل السفيه.

وفي نوازل أَصْبَغ لابن رُشْد: الأصل أن التوكيل لا يتعدى ما سمى له فيما وكل عليه، وإن قال في توكيله: أنه وكله وكالةً مفوضةً أقامه فيها مقام نفسه، وأنزله منزلتها وجعل له النظر بما يراه؛ لأن ذلك كله يحمل على ما سمى ويعاد إليه إلا أن لا يسمي شيئًا رأسًا، فيقول: وكلته وكالة مفوضة فيجوز فعله في كل شيء من بيع وشراء وصلح وغيره، وإن قال: وكالةٌ مفوضةٌ جامعةٌ لجميع وجوه التوكيل ومعانيه كان أبين في التفويض.

المتيطي: واختصار لفظة التوكيل الشامل العام أن يقول: وكل فلان فلانًا توكيلًا مفوضًا جامعًا لمعاني التوكيل كله لا يشد عنه فصل من فصوله، ولا فرع أصل من أصوله دائمًا مستمرًا، وأذن له أن يوكل عنه من شاء بما شاء من فصوله، فلو لم يذكر توكيل غيره عنه ففي دخوله فيه اختلاف للشُيُوخ المتقدمين.

قال بعضهم: لا أحفظ في ذلك قولًا منصوصًا لأحد من المتقدمين، والأظهر أن له أن يوكل؛ لأن الموكل أنزله منزلته وجعله بمثابته.

قُلتُ: وقال قبل هذا قال فقهاء طليطلة: من وكل على طلب حقوقه، والمخاصمة عنه، والإقرار والإنكار فإقرار موكله وهب داره لزيد أو قال: لفلان على موكلي مائة دينار أن ذلك لازم لموكله، وأنكره ابن عتاب وغيره وقال: إنما يلزمه إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التي وكل عليه.

قال القاضي أبو الأَصْبَغ: وهذا هو الصحيح عندي، وفي شفعتها لابن القاسم: من وكل على قبض شفعة فأقر أن موكله سلمها فهو شاهد.

قُلتُ: لا يلزم من لغو إقرار الوكيل على الشفعة لغو إقرار من جعل له الإقرار؛ لعدم صدق الآخذ بالشفعة على إقراره بإسقاطها وصدق مطلق الإقرار وعلى الإقرار بالهبة.

قُلتُ: ولقول ابن عتاب هذا وغيره، ومتقدم قول بعض الشُيُوخ بعدم دخول التوكيل على الموكل بوكالة التفويض، استمر عمل قضاة بلدنا بعدم إعمال وكالة التفويض التام العام في بيع دار سكنى الموكل وطلاق زوجته.

قال ابن عبد السلام: قال بعض كبار شُيُوخ الأندلسيين: إذا ابتدأت الوكالة

خاصة، ثم عقبت بالأوصاف العامة لم تتعد الوجه الذي ابتديت عليه، وتكون تلك الأوصاف العامة راجعة إلى أحوال ذلك الخاص الذي ذكر أولًا.

وقال لي بعض أشياخي: لا يدخل ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب، قيل: يقصر على ذلك السبب أو لا، ومما قاله نظر.

قُلتُ: ما ذكره عن بعض كبار الشُيُوخ هو ما ذكرناه من كلام ابن رُشْد.

وقوله: عن بعض شُيُوخه، لا يدخله خلاف الأصوليين في العام الوارد على سبب صواب.

وقوله: فيه نظر، يرد بأن مسألة الوكالة العموم المذكور فيها أخيرًا إنما هو عموم في الوجه المذكور أولا غير صادق على غيره فلم يصلح إعماله في غيره، والعام الوارد على سبب صادق على غير السبب فصلح إعماله في غيره فتأمله.

وتبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: والتوكيل بالإبراء لا يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرأ عنه، ولا علم الوكيل، ولا علم من عليه الحق.

قُلتُ: وهذا كضروريٍّ من المذهب؛ لأنه محض ترك والترك لا مانعية للغرر فيه؛ ولذا قال الغير في إرخاء الستور: لأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ به، ولو فرضتها في صلح الوكيل عن مجهول بمجهول كان أبين كقولها، وإن كان لك عليه دراهم نسيتما مبلغها جاز أن تصطلحا على ما شئتما من ذهب أو غرض أو ورق ومضمر التقية سواء.

عبد الحق عن القابسي: إنما يصلح هذا على أنهما نسيا الدراهم عما صارت لا يدريان من بيع سلعة أو غيرها أو قرض أو غيره فحينئذ يدخل ما يصطلحان عليه ما يدخل في الدراهم إذ يمكن أن تكون الدراهم من ثمن عرض لا ينبغي أن يقتضي هذا العرض الذي اصطلحا عليه من ثمنه.

فإن قلت: ظاهره قصر التقية في العرض على ما ذكره من احتمال كونه مأخوذًا عن ثمن عرض لا يجوز أخذ هذا العرض عنه، والظاهر عدم قصره على ذلك وأن التقية وصف عام في العرض والدنانير والدراهم وهو أخذ معلوم عوضًا عن مجهول وهي الدراهم.

قُلتُ: التقية في هذا الصلح عامة في العرض وغيره، وهي الصلح غير مجهولٍ

قدره، وهذه لا يدعي القابسي ولا غيره قصرها في العرض على الغرض الذي ذكره وخاصة، وهي احتمال كون المأخوذ مأخوذًا عما لو علم قدره وانتفت الجهالة عنه لم يجز أخذه عنه، فهذه في الدراهم هي كون الأولى أجود وأقل من المأخوذة أو بالعكس، وهذه لا تتقرر، في العرض المأخوذ لا بالفرض الذي ذكره القابسي، ولم يتعرض المازري في المسألة لما ذكره القابسي بحال وقرر التقية التي أشار إليها ابن القاسم بالجهالة المانعة من صحة المعاوضة، وأنها ألغيت هنا للضرورة الناشئة عن تعذر السلامة منها.

قال: وفي الدراهم أيضًا تقية احتمال الربا لجواز كون الدراهم المأخوذة مما لا يصح اقتضاؤه عن الدراهم التي اقتضيت عنها.

قال: وشرط في المدَوَّنة: تعجيل ما صالحا به خوف فسخ الدين في الدين في العرض، وكذا قال في الدنانير مع تأخير الصرف: وفي الدراهم خوف التأخير بزيادة.

وقال أشهب: يجوز الصلح على الدراهم المستهلكة بدراهم ما كان، فإن أراد جوازه على أي حال كانت الدراهم المصالح بها من زيادة أو نقص على المستهلكة فهو سائغ كما قدمنا وإن أراد جوازه، وأن المأخوذ خلاف سكة الأولى فهذا يمكن فيه الربا بأن يكون المصالح به أدنى جودة وأكثر وزنًا، واعتذر أشهب عن هذا الإطلاق بعدم قصدهما المقامرة والمفاضلة، ونصوص المذهب واضحة بقصد فعل الوكيل على ما عليه وكل، فإن كان معينًا لم يتعده، وإن كان مطلقًا عم الأحوال على البدلية مفردًا أو معدودًا فيما لم يقيده عرف أو قرينة أو استثناء، وإن كان عامًا فأحرى وتخصص بها.

ابن شاس: مخصصات الموكل معتبرة لو قال: بع من زيد لم يبع من غيره، ولو تخصص بالزمان تعين، ولو خصص سوقًا تتفاوت فيه الأغراض تخصص.

وقال ابن الحاجب: مخصصات الموكل متعينةٌ كالمشتري والزمان والسوق.

قُلتُ: فلم يغيرها باختلاف الأغراض وهو الأقرب إن لم يشهد العرف بالتقييد.

وفي تقييد ابن شاس: السوق دون الزمان نظر.

وفي كتاب القراض: تأخير السلعة لما يرجى له سوق.

وللشيخ عن الموازيَّة: من أمر بشراء جارية موصوفة ببلد فاشتراها ببلد دونه، خير

الآمر في أخذها وضمانها من المأمور، وإن اشتراها لنفسه اختص بربحه.

زاد ابن حبيب عن مُطَرِّف: كانت بالموضع المسمى أرخص أو أغلى.

وقال ابن الماجِشُون: إن تساوى سعر الموضعين فليس بمتعد وضمانها من الآمر.

ابن عبد السلام: إن قلت: هل أطلق التخصيص على التقييد كفعل بعض الفقهاء والموثقين على حقيقته عند الأصوليين.

قُلتُ: بل على حقيقته عند الأصوليين لتقدمه في ذلك الفن.

قُلتُ: تقرر أن التخصيص عند أهل الأصول إنما هو من عوارض العموم والتقييد من عوارض المطلق، وإذا كان ذلك كذلك امتنع حمله في كلام المؤلف على حقيقة التخصيص الأصولي لقوله في المخصصات كالمشترك؛ لأنه لا يعقل فيه غير التقييد؛ لأنه راجع لقوله: وكلتك على شراء كذا، وهذا لا يتناول إقرار المشتري إلا بالإطلاق لا التقييد، وفعل الوكيل غير ما وكل عليه تعد لموكله رده وقبوله إن لم يوجب خيارًا في معاوضة طعام بطعام أو بيعه قبل قبضه.

في سلمها الثاني: إن اشترى مأمور بشراء ثوبًا لم يوصف له ما لا يشبه كونه من ثياب الآمر لم يلزمه إلا أن يشاء، ولو أمرته بشراء سلعة فاشتراها بغير العين فلك ترك ما اشترى أو الرضى به.

وفيها لابن القاسم: إن وكلت رجلًا على بيع طعام أو عوض فباعه بطعام أو شعير أو عرض، أحب إليَّ أن يضمن المأمور إلا أن يشاء الآمر أخذ ثمن ما بيع له إن كان عرضًا أو طعامًا.

اللخمي: أجاز ابن القاسم إن باع الطعام بطعام أن يأخذ الآمر الطعام الثاني، ومنعه أشهب وقال: ليس للآمر إلا مثل طعامه، ويباع له الثاني إن كان له فضل لئلا يربح المتعدي، واختلف قوله في هذا الأصل.

قال في عبد تزوج حرة بغير إذن ربه ودخل بها ثم زنت قبل إجازة سيده نكاحه، فقال: إن أجازه رجحت، وإن رده لم ترجح، فجعله بإجازته منعقدا بأوله، فعليه يجوز للآمر أخذ الطعام الثاني.

المازري: كثر التعقب في جوابه في المدَوَّنة لاقتضائه التخيير في بيع وكيله طعامه

بطعام، ولا يجوز فيها شرط صحة عقده التناجز عقده على خيار.

والجواب عنه أنه: إن علم مشتري الطعام بطعام من الوكيل تعديه، وعقده على أن مالكه بالخيار في إمضائه ورده كان فاسدًا، وإن لم يعلم تعديه واعتقد أنه عقدٌ جائزٌ لازمٌ جرى على القولين المشهورين في هذا الأصل.

ابن القاسم: يمنعه، وأشهب: يجيزه.

قُلتُ: في قوله هذا نظر؛ لأنه عدل عن ذكر القولين المنصوصين للخمي عنهما إلى ذكر عكسهما تخريجًا، ولا يتقرر بما أتى به جوابًا عن التعقب المذكور جوابٌ بوجه بل تأكيدًا للتعقب؛ لأن حاصل ما أتى به جوابًا أن الحكم في المسألة الفساد اتفاقًا، فإن علم المشتري موجب الخيار، والفساد على أصل ابن القاسم الذي لفظ مسألة المدَوَّنة له فجعله الفساد جوابًا عن تعقب قولها بالجواز خلف فتأمله، ثم قال: وأشار بعضهم إلى حملها على وجه يغني عن هذا الاعتذار وإجرائها على الخلاف، فقال: معنى صورة تعديه أنه باع الطعام بعرض، وباع العرض بطعام لا أنه باع الطعام بطعام.

قُلتُ: ما عزاه لبعضهم هو قول ابن محرزٍ.

وقال عياض: إلى حمل المسألة عن ظاهرها وأنه باع طعامًا بطعام نحى كثير من شُيُوخ القرويين.

قُلتُ: وقال ابن الحاجب: فإن خالف فالخيار للموكل إلا أن يكون ربويًا، فقبله ابن هارون وابن عبد السلام، ولا ينبغي قبوله؛ لأن ظاهره أن يكون للموكل أيضًا فعله تعديًا مطلقًا في غير بيع الطعام بطعام وليس كذلك، ويجب تقييده بعدم إيجابه فسخ دين في دين كقولها: وإن دفعت إليه دراهم يسلمها لك في ثوب هرويٍّ، فأسلمها في بساط شعرٍ أو في طعام أو في غير ما أمرته به، أو زاد في الثمن ما لا يزاد في مثله، فليس لك أن تجيز فعله، وتطلب ما أسلم فيه وتدفع له ما زاده؛ لأن الدراهم لما تعدي عليها وجبت عليه دينًا، ففسخها فيما لا تتعجله، وذلك دين بدين، ويدخل في الطعام مع ذلك بيعه قبل قبضه لا شك فيه؛ لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي، فليس له بيعه قبل قبضه، وكان بعضهم يتعقب قوله: وجب للمأمور بالتعدي؛ لأنه إنما اتباعه للآمر لا لنفسه.

فقوله: يدخله بيع الطعام قبل قبضه لا شك فيه، فيه شك.

ويجاب بأن عقد اشترائه لازمٌ، ولزومه يوجب مشتريًا له لازمًا له عقده، والآمر لا يلزمه لعدم أمره به، فتعين كونه المأمور، وإذا لزم العقد المأمور فقد وجب له ما عقد عليه، فإن زاد في ثمن ما أمر ببيعه بثمن، أو نقص من ثمن ما أمر بشرائه بثمن لم يتعد.

في ثاني سلمها: من أبضع مع رجل أربعين دينارًا في شراء جارية وصفها له، فاشتراها بأقل لزمت الآمر، وضمنها إن ماتت قبل قبضه إياها، ولم يحك المازري ولا غيره فيما علمت فيه خلافًا.

وقال ابن بشير: إن خالف بزيادة، كقوله: بع بعشرةٍ فباع باثني عشرة، أو بع بالدين بعشرة فباع بذلك نقدًا فقولان مبنيان على الخلاف في شرط ما لا يفيد هل يوفى به أم لا؟ وهذا كما قال: والأظهر إن كان ذلك في بيع ما فيه شفعة أن يكون للآمر مقال لجواز تعلق قصده بشركة الشفيع دون غيره، ويسير الزيادة في الثمن كمأذون فيها، أو زاد على أربعين دينارًا دينارين، أو ما أشبه أن يزاد على مثل الثمن، لزم الآمر وضمن المشتري إن هلك قبل قبضه، وغرم الزيادة للمأمور.

المازري: واليسير في المائة الديناران والثلاثة.

التونسي: لا تكون الزيادة في قليل الثمن محصورةً على هذا الحساب، إنما ينظر إلى ما يزاد مثله عادةً، قد يكثر ما يزاد لقلة ثمن المبيع فيكون أكثر من هذا التقدير، ويستسهل ليسارته ولا يجب على الوكيل أن يزيده ذلك، إنما هذا إن زاده لزم الموكل، ولو اشترى السلعة لنفسه لما لم يبعها ربها بالمسمى كانت له إذا قلنا إنه لا يلزمه أن يسلف من وكله ويصير كأنه غير واجدٍ، فما اشترى بالمال شيئًا لنفسه فكان كوديعة اشترى بها شيئًا لنفسه.

قُلتُ: الظاهر أنه لو كان بيد المأمور للآمر ما يدفع منه الزيادة لزمه الشراء بها، فلا يتم له شراؤها لنفسه، وكذا إن كان المأمور مالكًا لقدر الزيادة غير محتاج إليها؛ لأن قبوله التوكيل على شرائها التزامٌ منه للوازم شرائها، ويؤيده قول أَصْبَغ في سماعه.

أشهب: من أمر بشراء سلعة بخمسة عشر فاشتراها بستة عشر، وقال: أبى البائع بيعها بخمسة عشر فاشتريتها لنفسي بستة عشر قبل قوله وكانت له.

قال أَصْبَغ: أرى أن يحلف وأستحسن أن الآمر في أخذها بالخيار.

ابن رُشْد: استحسانه بعيدٌ إذ لا يلزمه أن يسلفه الزيادة.

التونسي: ولو ادعى المأمور زيادة ما تشبه زيادته حلف ورجع بذلك؛ لأنه كالمأذون له في ذلك فأشبه قوله اشتر لي كذا وأسلفني ثمنه، فقال: اشتريتها وضاعت، حلف وثبت له الرجوع وإن لم يظهر شراؤها، وهذه أبين لظهور الشراء إلا أن فيه إشكالًا لجواز كون الشراء بدون الزيادة، وظهور الشراء فيمن قال له: أسلفني يسقط يمينه إلا أن يكون متهمًا فيحلف.

وأجرى المازري قبول قول الوكيل في الزيادة على القولين فيمن أمر أن يخرج من ذمته لأمانته.

ابن العطار: إن أمره بشراء عبد فلان وسمى له ثمنًا فهذا لا يزيد له على الثمن شيئًا، وإن سمى العبد أو الثمن فهذا يزيد ما يتغابن الناس به.

التونسي: ولو ادعى الزيادة بعد تسليمه المشترى للآمر، فقال ابن القاسم: يقبل إن ادعاه بقرب تسليمه، وإن طال لم يقبل، وهذا للعادة إلا أن يكون له عذر في تأخير ذلك.

قُلتُ: وهذا كقولنا في دعوى القائل في القراض بعد المفاصلة أنه أنفق من مال نفسه.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: وقال بعض الناس إن باع السلعة بدون التسمية ليسير لم يلزم الآمر بخلاف زيادة اليسير في الثمن في الشراء.

الصقلي: وفي نظر.

المازري: إن باع المأمور السلعة بدون ما سمى له لم يلزم الآمر، وإن قل النقص بخلاف الشراء؛ لأن الشراء لا يتأتى غالبًا بما يحده الآمر، وفي البيع يتأتى بما حد له وإلا رد لموكله ما وكله، وأشار بعض المتأخرين إلى أن لا فرق بين البيع والشراء، وهذا هو القياس، ولا طريق للفرق إلا العرف.

وفيها: إن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن لم يلزم الآمر ويرد ما لم تفت السلعة، فيلزم الوكيل القيمة.

ابن بشير: إن قال الوكيل أنا أتم ما نقصت، فهل يترك ويمضي البيع؟ قولان: أحدهما: لا يلتفت لقوله؛ لأنه متعد في البيع، والثاني: أن له ذلك؛ لأن مقصد الآمر قد حصل له.

قُلتُ: لم يحك الصقلي غير قول ابن حبيب ليس للمأمور أن يلزم الآمر المشترى بما أمره به، ويحط عنه الزيادة.

الصقلي: لأنها عطية منه لا يلزمه قبولها.

ابن عبد السلام: وهذه المسألة كمسألة من أمر من يزوجه بألف فزوجه بألفين فيما يرجع إلى هذين القولين.

قُلتُ: الأظهر أن المسألتين مختلفتان ولا يجري من القول بقبول اتهام المأمور في مسألة البيع القول بقبول اتمامه في النكاح؛ لأن في قوله في النكاح غضاضةٌ على الزوج والزوجة وولدٍ إن حدث، وهذا المعنى يوجب جري القول الآخر أحرويًّا.

وفي كون بيعه به نقدًا بما أمر به نسيئة تعديًا طرق:

التونسي: لو أمره ببيعها بعشرة دراهم إلى أجل فباعها بها نقدًا فلا كلام للآمر؛ لأن الدراهم لو عجلت له لزمته.

عبد الحق في تهذيب الطالب: لو أمره ببيعها بعشرة نقدًا، فباعها بذلك وقيمتها أكثر، فلا قول للآمر؛ لأنه فعل ما أذن له فيه، وهي في كتاب البضائع لمحمد، وإنما الخلاف لو أمره ببيعها بعشرة إلى أجل فباعها بها نقدًا وقيمتها أكثر؛ لتعديه ما أمر به، وذكرنا الخلاف فيها في كتاب النكث.

قُلتُ: في النكث قال بعض شُيُوخنا: إن أمر ببيعها بثمن إلى أجل، فباعها به نقدًا وقيمة السلعة أكثر، غرم المأمور القيمة ولا حجة له في التسمية؛ لأن من حجة الآمر أن يقول ظننتها لا تسوى هذا، فسميت هذا لئلا تنقص عنه.

عبد الحق: وهي تجري عنده على قولين في العتبيَّة.

قال ابن القاسم: إن أمره أن يبيعها بعشرة إلى شهر، فباعها بسلعة إلى شهر، بيعت السلعة المؤخرة بعين وكان للآمر الأكثر من ذلك ومن قيمة سلعته ما لم يكن ذلك أكثر من العشرة التي أمره أن يبيع بها، وإنما تباع المؤخرة إن كان فيها فضل، وإلا فله القيمة

إلا أن يكون أكثر من العشرة التي سمى له إلى أجل، وقد قال: لا ينظر إلى ما سمى له من الثمن بل إلى قيمة السلعة، فهذان القولان في هذا السؤال جاريان في المسألة التي قدمنا.

ابن رُشْد: القول الثاني هو الذي في المدَوَّنة وهو أصح وأجرى على أصل؛ لأن لرب السلعة أن يقول إنما سميت العشرة لأجل خوف بيعها بأقل منها فإذا تعدى فلي قيمة سلعتي، كما أنه إذا أمره ببيع سلعة بعشرة نقدًا، فباعها بسلعة يكون له ما تباع به السلعة إن بيعت بأكثر من عشرة، ولا حجة عليه أنه رضي بعشرة؛ لأنه يقول له إنما سميتها خوف بيعها بأقل.

وفي سلمها الثاني: وإن أمره ببيعها إلى أجل فباعها بنقد فعليه الأكثر مما باعها به أو القيمة، سمى له ثمنًا أم لا.

ابن محرز: قال لنا أبو بكر بن عبد الرحمن: قال لنا أبو محمد بن أبي زيد: معناها أنه باعها نقدًا بأقل مما سمى له، ولو باعها بما سمى له فأكثر لم يكن للآمر قول، وخالفني في ذلك أبو محمد بن التبان فناظرته في ذلك وقلت له: أرأيت لو امتثل ما أمر به وأراد المشتري أن يعجل له الدين أكان ذلك له؟

ابن محرزٍ: إن أمره بذلك من غير أن يكون له غرض في أكثر منها ولا أمره بالزيادة بالاجتهاد في الزيادة فالقول قول ابن أبي زيد، وإن أمره بما سمى له تحديدًا لأقل الثمن، وعلى أن يجتهد في الزيادة فهو متعدٍّ، ويجب عليه غرم القيمة، وهذا وجه قول ابن التبان.

قُلتُ: اختار المازري هذه التفرقة وأتى بها كأنها من عنده.

ثم قال التونسي: لو أمره ببيعها بقمح سماه إلى أجل، فباعها به نقدًا كان متعديًا؛ لأن الطعام المؤجل لا يجبر مبتاعه على قبول تعجيله، وكان شيخنا اللخمي يرى أن الطعام هنا كالعين.

قُلتُ: لم أجد في تبصرته إلا ما نصه: ومن أمر أن يبيع سلعة بعشرة لشهر فباعها به نقدا ألزمه؛ لأن التعجيل زيادة وهو كمن باع بأكثر إلا أن يقول الآمر: اطلب عشرة فأكثر ولا تبع بأقل، فينظر إلى ما تباع به إلى شهر، فإن كان أكثر كان للآمر رد البيع، فإن

فات بها المشتري فعلى الآمر الأكثر مما تباع به إلى أجل أو قيمتها نقدًا، وإن أمره أن يسلمها في عشرة أقفزةٍ قمحًا إلى أجل فكذلك؛ لأن العادة أن الناس لا يقصدون بالأجل الضمان إليه، ومعلوم أنه على التعجيل أحرص، وإن علم أن قصده الضمان له صح أن يفسخ البيع وتعاد له سلعته.

قُلتُ: ظاهر مناظرتهما أن المسألة غير منصوصة للمتقدمين، وهو ظاهر قول ابن محرزٍ والمازري، وإنما نقله عن التونسي غير منصوص للمتقدمين.

وقال الصقلي: عن كتاب ابن سَحنون: لو أمره بالبيع بعشرة لأجل، فباعها بعشرة نقدًا فلا قول لربها؛ لأن الدراهم لو عجلت لزمته، وأمره ببيعها بعشرة أقفزةٍ لأجلٍ، فباعها بها نقدًا، كان له فسخ البيع إن كانت قائمةً، أو إغرامه القيمة إن كانت فائتةً، إذ لا يقدر من عليه الطعام أن يعجله، ولو أسلمها في طعام غرم الآن التسمية أو القيمة إن لم يسم وبيع الطعام حين قبضه، فما زاد فللآمر، وما نقص على المأمور.

قال بعض أصحابنا: إنما يلزم المأمور من بيع الطعام بقدر القيمة أو التسمية، ومقتضى قول ابن الحاجب: ولو قال بع نسيئةً بكذا فباع نقدًا به، وعكسه في الشراء فقولان، رجح أبو محمد فيه ابن التبان أن مسألة العكس تناظر فيه الشَّيخان إلا أن يجعل الضمير في قوله فيها إلى المسألة الأولى دون عكسها.

المازري: اختلف في كون التسمية للثمن مسقطة عن المأمور النداء والشهرة والمبالغة في الاجتهاد أم لا؟

ابن بشير: لو أمره ببيع سلعة بثمن سماه فباعها به من غير إشهاد قولان: أحدهما إمضاؤه، والثاني رده؛ لأن القصد عدم نقص الثمن وطلب الزيادة، ولو ثبت أحد القصدين ما اختلف فيه، وقول ابن الحاجب: واشتر بعينها فاشترى في الذمة ونقدها أو بالعكس، صح هو قول ابن شاس: إن سلم له ألفًا فقال اشتر بها كذا فاشتراه في الذمة ونقد الألف، أو اشترى في الذمى وسلم الألف فاشترى بعينه صح فيهما.

وقال المازري: لو وكله على شراء شيء بمال دفعه له فاشتراه على ذمته أو على أن يشتريه على الذمة ودفع له ما لا ينقده فيه فاشتراه بعين المال، فذكر فيها كلاما للشافعيَّة، ثم قال: النكتة في ذلك عندنا غرض الموكل إن ظهر فيما رسمه غرضٌ

فمخالفته عداءٌ، وإن لم يكن غرضه إلا تحصيل السلعة فليس بعداءٍ.

وقال ابن عبد السلام: لو دفع له الدنانير وديعة فدفعها الوكيل في الثمن لم يبعد أن يكون متعديًا إذا قيل بتعين الدنانير والدراهم، إذ قد يتعلق للآمر بعينها غرض صحيح أما لشبهة فيها فلا يجب تفويتها بالشراء بها حتى ينظر في إصلاح تلك الشبهة أو لتحقق طيب كسبها، فيجب أن يشتري بها لقوته لا لتجارة أو غير ذلك مما يعصره الناس.

قُلتُ: إن أراد أنه يحكم عليه على هذا القول بحكم التعدي بقيد كون الدنانير والدراهم قائمة بعينها بعينها فمسلم، وإن أراد أن يحكم عليه بحكم التعدي مطلقًا وهو ظاهر قوله: رد بأنه لا فائدة في الحكم عليه حينئذ بالتعدي؛ لأن الواجب عليه بتعديه غرم مثل دنانير الآمر، ويجب على الآمر غرم مثلها، وهذا لا فائدة فيه.

وفي بع بالدنانير فباع بالدراهم وعكسه نقلا المازري: في هذا الأصل قولان بناء على أنهما جنس أو جنسان، والمعتبر اعتبار عادة المتعاملين في تساويهما واختلافهما.

قُلتُ: الأظهر أنهما جنسان؛ لأنه لو أودعه دنانير فتسلفها وردها دراهم لم يبر اتفاقًا، ولو كان رأس مال القراض دنانير فرده العامل دراهم لم يلزم رب المال قبولها، ولا أعلم اتحادهما في المشهور إلا في الزكاة، وقيد اللخمي الخلاف باتحاد قيمة الدنانير والدراهم، وسمع أَصْبَغ أشهب: من أمر ببيع ولم يسم له شيء فبيعه بدراهم ماض، ولو كان المبيع إنما يباع بدنانير.

أَصْبَغ: إن بلغت الدراهم صرف ما تباع به من الدنانير مضى استحسانًا.

ابن رُشْد: قول أشهب أنه ماض وإن لم تبلغ الدراهم ذاك إذا باعها بما يتغابن الناس به في بيعها بالدراهم خلاف قول أَصْبَغ استحسانًا، والقياس عنده أن لا يجوز إذا كان البلد لا تباع تلك السلعة فيه إلا بالدنانير.

وقول ابن دحونٍ: معنى المسألة إن كان ببلد تباع فيه بالدراهم وإلا لم يلزم الآمر غير صحيح؛ لأن فرض المسألة أن البلد لا تباع السلعة فيه بالدراهم أو كانت السلع لا يباع مثلها إلا بالدنانير، ووجه قول أشهب أن الدنانير والدراهم عين والعين هو الثمن؛ لأن صرف الدراهم ليس مما يغبن فيه، وقد قال قال مالك: بيع المأمور بما لا يغبن ببيعه من العروض نافذ، وقال أيضًا: إن باع بما يغبن في بيعه فعليه بيعه له، ثم رجع فقال: لا

ينفذ بيعه بغير العين، قاله في رسم العتق من سماع عيسى من جامع البيوع في بعض الروايات، ويتخرج في بيعها بالدراهم حيث لا تباع إلا بالدنانير ثلاثة أقوال خيار، الآمر في الرد والإمضاء إن لم تفت، وإن فاتت فقيمتها دنانير وإمضاء البيع، وعلى المأمور تصريفها دنانير، وثالثها نفوذه ولا يلزمه تصريف.

ومن وكل على شراء جارية موصوفة بثمن فاشترى به جاريتين بصفتها، فقال اللخمي: إن اشتراهما في عقدتين أوكانت إحداهما على غير الصفة لزمت الأولى والتي على الصفة والآمر في الأخرى بالخيار، وإلا فقال محمد: إن لم يقدر على غيرهما لزمتا الآمر.

ابن القاسم: هو بالخيار في أخذهما أو أحديهما بمنابها من الثمن.

أَصْبَغ: يلزمانه مطلقًا.

عبد الملك: هو بالخيار في أخذهما أو تركهما.

وقول محمد: إن لم يقدر على شراء واحد لزمتاه أحسن، ولا يختلف فيه إنما الخلاف إن قدر.

المازري: يحتج لأَصْبَغ بحديث حكيم بن حزام: **«أنه ﷺ أمره أن يشتري له شاة بدينار، فاشترى له شاتين بدينار، وباع واحدة منهما بدينار، وأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة»** [1]، فكان لو اشترى ترابا لربح فيه، فلولا أن الشاة المبيعة لازمة له ﷺ وصارت على ملكه لم يأخذ ثمنها ولا أقره على ذلك، وقيل: إن الشاة المبيعة لو لم تكن على ملك حكيم لما باعها، ولا أقره ﷺ على جواز بيعها، وإنما باعها على ملكه وكان له ﷺ الخيار في قبولها لما كان الشراء به.

قُلتُ: حديث حكيم لا أعلمه إلا من طريق الترمذي خرج عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له

---

(1) أخرجه البخاري: 6/464 و465 في الأنبياء، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، وأحمد في المسند: 4/376. أبو داود: رقم (3384) و(3385) في البيوع، باب في المضارب يخالف، والترمذي: رقم (1258) في البيوع، باب رقم (34).

أضحية بدينار، فاشترى أضحية فأربح فيها دينارًا فاشترى أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال: **«ضح بالشاة وتصدق بالدينار»**[1].

قال الترمذي: حديث حكيم لا أعرفه إلا من هذا الوجه.

وروى البخاري عن شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحي يتحدثون عن عروة أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري له شاة.

قال: فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ما كان من الأمر، فقال: **«بارك الله لك في صفقة يمينك»**[2]، فكان بعد ذلك يخرج إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم.

قُلتُ: فالاستدلال بحديث عروة هو الصواب لا بحديث حكيم، وقول ابن القاسم هو سماعه عيسى.

قال ابن رُشْد: قول محمد هو خلاف قول ابن القاسم هذا.

قُلتُ: جعله خلافًا كأكثر الشُيُوخ خلاف ما تقدم للخمي.

ابن رُشْد: على قول ابن القاسم أنه مخير في أخذهما أو إحداهما بما يصيبها من الثمن، ويأخذ منه بقيته لو ماتت إحداهما قبل أن يختار كانت من المأمور لتعديه في الثانية، قاله ابن دحونٍ، وليس بصحيح إذ لم يشترهما واحدة بعد واحدة ليكون متعديًا في الثانية كما قاله، إنما اشتراها صفقة واحدة فما تعدى في إحداهما بعينها لكنه بتعديه في شترائهما صفقة واحدة لزمت ذمته ما ناب التي لم يخيرها الآمر، فصار كأنه اشترى على أن الآمر بالخيار في أخذ أيتهما شاء بما ينوبها من المسمى، ويضمن هو بقيتها في ذمته وتكون له الثانية، فيتخرج ضمان الهالكة منهما قبل أن يختار، على الخلاف فيمن اشترى ثوبًا من ثوبين على أن يختار أيهما شاء، فتلف أحدهما قبل أن يختار، فيكون التالف منهما معا على قول ابن القاسم، ومن المأمور على مذهب سَحنون.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1257) في البيوع، باب رقم (34).

(2) أخرجه البخاري: 6/464 و465 في الأنبياء، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، ورواه أيضاً أحمد المسند: 4/376، وأبو داود: رقم (3384) و(3385) في البيوع، باب في المضارب يخالف، والترمذي: رقم (1258) في البيوع، باب رقم (34).

ولو اشترى الجارية على الصفة وولدها الكبير خير في أخذها وولدها، وتركها وأخذها دونه بمنابها من الثمن، وإن كان الولد صغيرًا فكما في السماع: إن علم بالولد لزمته، وإن لم يعلم كان له ردها بولدها، هذا إن كان بعينها، وإن لم تكن بعينها فله ردها بولدها، علم أن لها ولدًا أم لا؛ لأن الولد عيب.

قُلتُ: في النوادر عقب هذه المسألة.

قال ابن حبيب: عن ابن الماجِشُون: إن أمره بشراء جارية معينة موصوفة بثمن فاشتراها به ومتاعًا معها في صفقة، خير الآمر في أخذ الجميع أو الجارية بحصتها من الثمن، فإن هلك الجميع قبل علمه فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن.

قُلتُ: في هذه حجة لابن دحونٍ.

ولو أمره بشراء جارية أو ثوب فاشترى نصف ما أمره به ثم اشترى باقيه، فالأظهر أنه متعدٍّ، وللشيخ عن المجموعة: من أمر ببيع سلعة بعشرين فباع نصفها بعشرة، فإن كان إذا بيع النصف الباقي بتمام عشرين وجرى ذلك فليس بمتعد، وإن كان بنقص فهو متعد.

قُلتُ: ويجري هذا في الشراء.

المازري: من أمر بشراء جارية أو ثوب فاشترى نصفه لم يلزم الآمر، ولو أمر بشراء أثواب فاشتراها جملة أو آحاد فليس بمتعد، ومسائل المرابحة تدل على ذلك.

وقال المازري: ذاك جائز إلا أن يكون للموكل غرض في الإفراد أو الجمع أو يكون في تلك عرف، وقول ابن شاس: إن أذن له في البيع إلى أجل مطلق قيده العرف بالمصلحة صواب.

وفي سلمها الثاني: من أمر من يشتري له جارية، أو ثوبًا، ولم يصف له ذلك، فإن اشترى له ما يصلح أن يكون من ثياب الآمر أو خدمه لزم ذلك الآمر، وإلا لم يلزمه إلا أن يشاء.

اللخمي: وقال أشهب: يلزمه مطلقًا إلا أن يقول للباسي أو لخدمتي، وقاله سَحنون.

قُلتُ: وتقدم في الأيمان مناقضة الأولين قولها هنا: قولها في الأيمان والكلام

على ذلك.

قال ابن الحاجب: وكذا المخصص بالعرف.

قال ابن عبد السلام: يعني كما يقيد العرف المطلق يخصص العام، فلو قال: اشتر لي ثوبًا من أي الأثواب شئت وشبه ذلك من ألفاظ العموم في أحاد الثياب أو الأثمان أو الآجال، فإن العرف إذا ثبت يخصص الكلام.

وقد قال في المَدَوَّنة: من استعار دابة ليركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو بإفريقيَّة، فإن كان وجه عاريته لمثل ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن، والذي سأل رجلًا ليسرج له دابة فركبها في حاجة فيقول له اركبها حيث شئت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام أو إلى إفريقيَّة، هذا مقتضى أصول المذهب، ولأصحاب أصول الفقه كلام في العموم هل يخص بالعادة أو لا؟ وتفصيل الفخر في ذلك حسن.

قُلتُ: ظاهر قول ابن الحاجب: تخصيص العام بالعرف مطلقًا كان قوليًا أو فعليًا، وزعم القرافي أن تخصيصه إنما هو بالقولي لا بالفعلي، ومسائل المَدَوَّنة وغيرها دالة على أن تخصيصه بالقولي كالفعلي.

وفي كتاب الحمالة: لولا أن الناس كتبوا في وثائق الأشربة خلاص السلعة في الدرك لا يريدون به خلاصها ولكن تشديدًا في التوثق لنقضت به البيع، والمذهب أن بيع المأمور بعرض بغير إذنٍ عداءٌ، فإن نزل والمبيع قائم ففي تخيير الآمر في إمضائه ورده بأخذه الأكثر مما يباع به العرض الثاني، أو قيمة المبيع وقصره على الأول، أو أخذ سلعته نقلًا.

الصقلي عن محمد وغير ابن القاسم فيها: وتبع عبد الحق فردهما لوفاقٍ، بحمل قول محمد على أنه لا بينة بأن المبيع للآمر إلا بقول المأمور.

ونقل ابن محرزٍ ما في الموازيَّة لرواية الدباغ في المَدَوَّنة، وطرحها سَحنون، وصوب ابن الكاتب معنى قول الغير غير معزو قال: لأن المتعدي فيه قائم يمكن أخذه.

قال: وعليه قال ابن القاسم في العتبيَّة: من تعدى على طعام ببيعه بعرض إلى أجل، لا يباع ذلك العرض؛ لأن الطعام مضمون بمثله فكان كالقائم.

قال: وهو كقوله في العين: إذا تعدى فيها.

قال ابن محرزٍ: يريد قوله فيها: فيمن أمره أن يسلم له دنانير في ثوب هرويٍّ، فأسلمها في بساط شعرٍ.

قال فضل: أصل ابن القاسم وأشهب أن للآخر أخذ رأس ماله فقط، أو ثمن البساط يبيعه عاجلًا إن كان ثمنه أكثر، أو أخذ رأس ماله وترك البساط ليبيعه عند أجله، ففضله له ونقصه على المأمور، وإن فات المبيع فالأكثر من قيمته أو ثمن ما ليع به.

قُلتُ: قول ابن الكاتب؛ لأن المتعدي فيه قائم يمكن أخذه؛ لأنه لا يفوت بحوالة الأسواق.

وظاهر قول المازري في طرح سَحنون رواية الدباغ: لكون المتعدي على سلعة غيره لا يضمنها بغرم قيمتها، وهي قائمة لم تتغير في ذاتها ولا سوقها أن تغير الأسواق فوتٌ.

وفيها: إن أمرته بشراء سلعة فاشتراها بغير العين فلك ترك ما اشترى أو أخذه، وتدفع له مثل ما أدى.

عبد الحق: إنما يدفع مثل ما أدى إن كان قليلًا أو موزونًا، وفي غير ذلك من العروض إنما يدفع قيمة العرض كالحميل المصالح عن الغريم بعرض، وكالمبتاع لشقصٍ بعرض يشفع بقيمته لا بمثله.

قُلتُ: وقال ابن محرزٍ: ظاهر قوله إنه يعطيه مثل العرض، ووجهه أنه كالقرض، كما لو سأله أن يشتري له سلعة بطعام من عنده أو عرض يرجع بمثل الطعام والعرض.

وفي الأسدية لابن القاسم: يرجع بقيمة العرض، فعليه تعتبر قيمة العرض الذي اشترى به إن كان قيمة السلعة لزمه وإن كان أكثر من قيمة السلعة الذي اشترى بالشيء الكثير لم يلزمه، وكان مخيرًا.

وفيها: لو اشترى له أو باع بفلوس فهي كالعرض إلا أن تكون سلعة خفية الثمن، إنما تباع بالفلوس فهي كالعين.

وفيها: إن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض أو باعها بدنانير لأجل لم يجز بيعه،

فإن لم تفت فسخ، وإن فاتت بيع العرض بعين نقدًا، أو الدنانير بعرض نقدًا، ثم بيع العرض بعين نقدًا، فإن كان مثل القيمة أو التسمية إن سمى فأكثر، كان ذلك له، وما نقص عن ذلك ضمنه المأمور.

المازري: اختلف إن خالف المأمور ما سمى له هل يعود ملتزمًا لما سمى له أم لا؟

ثم قال: إن باع بخمسة عشر لأجل ما أمر ببيعه لعشرة نقدًا والمبيع قائم، فللآمر رد البيع وإمضاؤه إذا لم يقل مخالفة المأمور التزام للتسمية، فصرح ابن عبد السلام بمفهوم هذا الشرط فقال: إن كانت السلعة قائمة، وقلنا بأن المأمور بتعديه ملتزمة للتسمية لم يلزمه إلا العشرة المسماة، وإن قلنا لا يعد ملتزمًا خير الآمر في الرد والإمضاء.

قُلتُ: مقتضى كلام المازري أنه لا يسقط تخيير الآمر بمجرد البناء على أن المأمور ملتزم بتعديه في التسمية، بل لا بد في ذلك من البناء على أن التسمية تسقط على المأمور وجوب الشهرة للمبيع والاجتهاد في قدر ثمنه، ويأتي للخمي ما هو نص في ذلك إن شاء الله.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في جامع البيوع: إن أمر ببيعها بعشرة دنانير نقدًا فباعها بعشرين لأجل أو بألف درهم، فقال الآمر: بيعوا منها بعشرة دنانير نقدًا وأبقوا سائرها للأجل فلا بأس به.

ابن رُشْد: لأنه لا يدخله مكروه، ولو أراد أن يباع له من ذلك بأقل لم يجز؛ لأنه دنانير في أكثر منها أو في دراهم لأجل ولو أراد المأمور المأمور دفع العشرة ليأخذها من العشرين إذا حلت وباقيها للآمر، ففي جوازها مطلقًا أو برضى الآمر وبلوغ قيمة العشرين عشرة فأكثر لا أدنى ثالثها: وبلوغ قيمتها عشرة فأدنى لا أكثر لسماع يحيى ابن القاسم، وظاهر قول أشهب ولابن القاسم أيضًا، ورابعها: لا يجوز إلا أن تكون قيمتها عشرة فقط؛ لأنها إن كانت أكثر دخلها على قول ابن القاسم الدين بالدين، وإن كانت أقل دخله على قول أشهب سلف جر نفعًا.

وفي سماع عيسى من رسم أوصى: إن أمره ببيع سلعة بثمن سماه أو بعرض، فباع

بثمن لأجل لم يجز للآمر إمضاء البيع وأخذ الثمن؛ لأنه فسخ دين في دين.

ابن رُشْد: معناه إن فاتت السلعة ولو كانت قائمة جاز، ومثله في الموازيَّة، وفي سماعه: إن كانت قيمة ما باع به لأجل وقيمة المبيع وقد فات سواء، جاز أن يتحول للآمر على المشتري؛ لأنه رفق بالمتعدي، فإن باعها بأكثر فرضي له المتعدي أن يعجل له القيمة، ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل، ويدفع ما زاد على القيمة إلى الآمر، أجبر الآمر على ذلك ولم يكن من بيع الدين.

وقال اللخمي: واختلف إن باع بخلاف ما أمر به هل يعد ملتزمًا للتسمية؟ وهل بيعه بها دون نداء عداء؟ وهل من خير بين أمرين يعد متنقلًا؟ فعلى أنه ملتزم ولا يلزمه شهرة يكون قيام السلعة كفوتها، وليس للآمر أخذها، إنما له الأكثر من التسمية أو القيمة أو ما يباع به الدين، ويختلف هل له الإجازة بالثمن الدين؛ لأن السلعة وإن كانت قائمة فقد ملك أخذ التسمية أو القيمة فيكون فسخ دين في دين، على أنه لا يلزمه البيع بالتسمية دون شهرة نداء يكون للآمر أخذ سلعته لا إجازة البيع بالدين؛ لأنه ملك أخذ التسمية، وأرى أن القول قول الوكيل؛ لأنه لم يلتزم التسمية، ويخير الآمر في الرد والإمضاء إلى الأجل، فإن فاتت بلبس خير الآمر في الإمضاء إلى الأجل وأخذ القيمة من اللابس يوم لبس، ويسقط عنه الثمن وأخذ القيمة من الوكيل يوم باعه ويمضي للمشتري بالثمن؛ لأن من اشترى شيئًا بوجه شبهة فهلك في يده لم يضمنه إلا بثمنه.

ثم قال: وقال: من أمر ببيع سلعة بعشرين نقدًا فباعها بثلاثين لأجل فباع الآمر الدين حسبما تقدم.

قال: وليس للآمر عنده إجازة البيع للأجل لإمكان أنه اختار التسمية فيكون فسخها في ثلاثين، ولا أن يختار التسمية لإمكان أنه اختار الإجازة للأجل فيدخله ضع وتعجل، وعلى القول الآخر له أي ذلك شاء.

وفي منع الوكيل على معاوضة منها لنفسه قولها مع المشهور، واللخمي عن القاضي مع ظاهر لفظ المازري عن بعض الخلافيين عن مالك، وتخريج ابن رُشْد على سماع ابن القاسم.

ابن حارثٍ: اتفقوا فيمن وكل على سلم فأسلمه لنفسه أنه لا يجوز.

وفي كون المنع لعدم دخول المخاطب تحت الخطاب أو لأنه مظنة تهمته:

نقلا المازري: ولم يحك اللخمي غير الثاني قائلًا: قال مالك: من اشترى سلعة ثم أخذ قراضًا، فأراد دفعه في ثمن سلعة، أخاف أن يكون قد استغلى، فجعل المنع للمحاباة؛ لا لأنه معزول عن شرائها، وأرى إن فعل وعلم أنه استقصى وبالغ وذكر من الثمن ما هو غايتها، مضى بيعه وإلا نقص إن كان قائمًا، ومضى بعد الفوت بالأكثر من القيمة أو الثمن إن فات بذهاب عينه.

واختلف إن حال سوقه أو تغير في نفسه، فقال محمد: إن باع المأمور من نفسه خير الآمر في ردها ما لم تفت بغلاء بالسوق أو في بدنها فيلزمه قيمتها، وذكر يحيى بن عمر قولين هذا، والآخر لا يفيتها النماء ولا النقص، ولغير ابن القاسم في كتاب القراض: كل من أطلقت يده في بيع فباعه من نفسه وأعتقه، فللآمر رده ونقض عتقه إلا المقارض إن كان في العتق فضل نفذ عتقه للشرك الذي له فيه.

ولابن حبيب: إن باعه من نفسه ثم باعه من آخر بربح، فالربح للأول إلا أن تكون قيمته أكثر فيلزمه الأكثر، وكذا الوصي يشتري من تركة الموصي لنفسه فللسلطان رده، وإن باعه فربح فهو للأيتام، أو الثلث إلا أن تكون القيمة أكثر، فجعله كالمتعدي لا يفيته عتق ولا بيع، وهو أحسن إن حابى لنفسه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أمر ببيع شيء سمي له فأخذه لنفسه، فإن لم يفت أخذه الآمر، وإن فاتت وقد أمره ببيعه بطعام أو عين، خير ربه في أخذه بما أمره أن يبيعه به، وإن أمره ببيعه بغير ذاك من العروض لم يكن عليه إلا القيمة، ويفيته النماء والنقص واختلاف الأسواق.

ابن رُشْد: معنى أخذه لنفسه أي بالثمن المسمى.

وقوله: أخذه الآمر؛ يريد: وله إلزامه إياه بالمسمى، ووجهه أنه إنما أمره ببيعه من غيره ولم يرض أن يبيعها من نفسه، فلو كان له رده، ويتخرج جواز بيعها من نفسه من سماع ابن القاسم: فيمن خرج حاجًا أو غازيًا فبعث معه بمال يعطيه كل منقطع به فاحتاج هو، فلا بأس أن يأخذ منه.

قُلتُ: يرد التخريج بأن كون علة الإعطاء موجودة في المأمور توجب دخوله في الإعطاء، ولا علة في البيع بل فيه مانع التهمة على عدم طلب الزيادة في الثمن.

قال: وفي تفرقته بين العروض والطعام مع العين نظر، والنظر أن الطعام كالعروض بخلاف العين؛ لأنه في الطعام والعرض سلم حال، والمشهور منعه بخلاف العين فيجب أن يبطل عنه الثمن في الطعام والعرض، ويلزمه قيمة السلعة إن فاتت بالغة ما بلغت إلا أنه لما كان الطعام من ذوات الأمثال أشبه عنده العين، وحكمه في الفوات لها بحكم البيع الفاسد خلاف القياس، والقياس عدم فوتها بالنماء وحوالة الأسواق بالزيادة، والنماء إنما يفوت بالعيوب وحوالة الأسواق بالنقص، ويبين هذا قوله في رسم أوصى: فذلك ليس ببيع وصاحبه يرده إن شاء إن لم يفت، فإن فات خير في الثمن الذي أمره به أو القيمة.

وفي كون ولده الصغير ويتيمه في المنع كنفسه أو كأجنبي قولها مع المشهور، وابن محرز مع غير واحد عن سَحنون محتجًا بأن العهدة في أموالهما.

وفيها لابن القاسم: من وكل على سلم مال في طعام، فأسلمه إلى نفسه أو زوجته أو أحد أبويه أوجده أو جدته أو ولده أو ولد ولده أو مكاتبه أو مدبره أو أم ولده أو عبده المأذون له أو ولد عبده الصغير أو عبد أحد ممن ذكرنا أو إلى شريكه المفاوض أو إلى شركة عنانٍ فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة، سواء نفسه أو شريكه المفاوض؛ لأنه كنفسه أو من يلي عليه من ولد أو يتيم أو سفيه ومن أشبه هؤلاء.

قُلتُ: من أشبه ذلك من له فيه رق غير مأذون له.

الصقلي عن سَحنون في الشريك: إلا أن يكون عن المال الذي فاوضه فيه.

عياض: منع إسلامه لابنه الصغير ويتيمه.

قال ابن وضاح: أمر سَحنون بطرحها وقال: ذلك جائز؛ لأن العهدة في أموالهما.

قُلتُ: في الأمر بالطرح نظر؛ لأنه لا يجوز لراو قول إمام طرح قوله من المروي لضعف دليله عنده.

الصقلي: قال يحيى بن سعيد: لا يجوز عندي إلى عبده ومدبره وأم ولده.

قُلتُ: ظاهره ولو كان مأذونا له، وتقدم قولها في المرابحة: ليس على من اشترى

سلعة من عبده المأذون له في التجر بيان ذلك في بيعه إياها مرابحةً إن كان العبد يتجر بماله.

وذكر ابن عبد السلام لفظ المَدَوَّنة وعقبه بقوله: كذا فهمها الأكثر غير أنهم قيدوها بأن يكون المدبر وأم الولد مأذون لهما، وفي فهمهم ما نسبوه إلى المَدَوَّنة نظر لا يليق ذكره هنا.

قُلتُ: ما نسبه للمَدَوَّنة لفهم الأكثر هو نصها الجلي، ولا يقال فهمها الأكثر إلا لما ليس بظاهر جلي، وما أضاف إليهم من التقييد هو نصها في العبد، ولا فرق بينه وبين المدبر وأم الولد في قوله نظر تهويل لا محايل له، بل حقه أن ينبه على تقييدها بما ذكرناه من قولها في المرابحة إذا كان يتجر بمال نفسه.

ونوقض قولها يجوز سلمه لزوجته بقولها: لا يجوز بيع المسلم بقبض زوجة المسلم إليه.

ويجاب بأنه في البيع لحق الله وهو آكد من حق الآدمي.

وأجاب بعض شُيُوخ عبد الحق بأن الموكل على قبضه محله منزل الوكيل، ومنزل الزوجة مشترك بينها وبين زوجها فلم يتم القبض، ومحل المسلم فيه الذمة، وذمة الزوجة خاصة بها، وأجاب ابن محرز بأنه في قبض الزوجة لم تقم بينة على قبضها، ولو قامت صح بيعه بقبضها، واتحاد العاقد لنفسه من نفسه نائبًا حيث لا مانع جائز كقولها في شراء الوصي من تركة يتيمه ما قل ثمنه وثبت شهرته، وقولها: إن لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه برضاها جاز، وتزويجه معتقته من نفسه برضاها، وكذا من بنيه لمصلحتها في رهونها، لا بأس بما يشتري الأب أو الموصى لبعض من يليان من بعض، وقيدت بالسلامة من التهمة بشراء، فإن كانت فكشرائه لنفسه كبيعه على من يلي عليه بإيصائه لابنه الصغير.

وفيها: من أمرته بشراء عبد، فاشترى من يعتق عليك غير عالم، لزمك وعتق عليك، وإن كان عالمًا لم يلزمك.

ابن محرزٍ: هذه تدل على عدم لزوم شراء المرء من يعتق عليه إذ لو لزمه لما كان الوكيل العالم متعديًا، وعلى أن ما تلف على يدي وكيل أو وصي دون عمد من ربه

لا من المأمور.

واختلف في هذا الأصل وفي خطأ القاضي في ماله عن اجتهاد هل يوجب غرمه أم لا، وقالوا في الوصي يشتري رقبة نصرانية فيعتقها يضمن، ولعله حيث فرط، والمعمول عليه عندي النظر في خطابه، فإن كان فيما لا طريق لعلمه إلا بما عمل لم يضمنه، وإن كان فيه تقصير ضمن، وعلى هذا يجري ما يوجد من خلاف.

عياض: روى محمد بن يحيى في المدنيَّة أن جهل الوكيل لم يعتق على الآمر؛ لأنه لم يتعمد شراءه وهو عيب في المبيع له رده وإبقاؤه رقًا له.

قال: وسمع ابن القاسم لا يعتق على واحد منهما وما ضمنه المأمور لعلمه في رقه له وعتقه إن كان مليًا بثمنه، أو ما فصل عنه إن كان عديمًا، وولاؤ ه للآمر قولًا يحيى بن عمر مع عبيد بن معاوية، وعياض عن رواية ابن أبي أويس والبرقي.

وفي كون الجاري على قول ابن القاسم: الأول أو الثاني طريقًا، بعض القرويين مع ظاهر قول الشَّيخ في مختصره والصقلي، بناء على اعتبار الفرق بينه وبين عامل القراض بشبهة ملكه في المآل والغاية؛ لأن العتق على الآمر لا عليه، وقصر موجب العتق بغرم المأمور على تعديه، وهو في العامل والوكيل سواء.

ابن محرز: قال بعض المذاكرين بقول سَحنون: بشبهة عامل القراض بشبهة ملكه في المال وإلغائه؛ لأن العتق على الأمر لا عليه وقصر موجب العتق كغرم المأمور وعلى تعديه، وهو في العامل في المال إذ لو وطئ منه لم يحد، ولو وطئ الوكيل جارية اشتراها لموكله حد وقاله عبد الحق.

عياض عن بعض الشُيُوخ: ووجه جهل الوكيل هو أن لا يعلم أنه أبوه، ولو علمه وجهل حكمه فهو كعلمه سواء.

المازري: لو ادعى الموكل علم الوكيل وأنكره الوكيل، حلف ولزم عقدة موكله، وعتق العبد عليه، وإن نكل الوكيل، حلف الموكل ولم يلزمه العقد، وعتق العبد على الوكيل قولًا واحدًا لإقراره أنه اشتراه غير عالم أنه ممن يعتق، وإن عتقه واجب على الموكل وهو جحده وذلك ظلم.

وقول ابن شاس: كل من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه

جاز كونه وكيلًا إلا لمانع مسائل المذهب واضحة به، وامتناع توكيل من ليس جائز الأمر.

في سماع يحيى: في توكيل بكرٍ من يخاصم لها توكيلها غير جائز؛ لأنها لا تلي مثل هذا من أمرها إنما يليه وصيها أو من يوكله السلطان، ووقع في المَدَوَّنة ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه في عتقها الثاني إن دفع العبد مالا لرجل على أن يشتريه ويعتقه، ففعل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرم الثمن ثانيًا، وإلا غرمه ويعتق العبد ولا يتبع بشيء.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: هو كالنص في ذلك قال فيه: إن دفع عبد إلى رجل مائة دينار، وقال له: اشترني لنفسي من سيدي، فاشتراه لنفس العبد واستثنى ماله كان حرًا، ولا رجوع لبائعه على العبد ولا على المشتري بشيء، وولاؤه لبائعه.

ابن رُشْد: مرض الأصيلي هذا الشراء بأن وكالة العبد على شرائه لا تجوز إلا بإذن سيده، فعلى قياس قوله إن لم يعلم السيد أنه اشتراه للغير كان له ر د ذلك، وإن علم فلا كلام له.

قُلتُ: وكان يمشي لنا الجواب عن تعقب الأصيلي بأن حجر العبد إنما هو إنما مادام في ملك سيده، وهو ببيعه خرج عن ملكه وصح لوكيله ولزم عتقه ضربة واحدة، كقولها فيمن باع عبده بعد أن تزوج بغير إذنه ولم يعلم به، مضى نكاحه وليس لسيده فسخه إلا أن يرجع لملكه برده مبتاعه بعيب نكاحه، وأما منع كون الوكيل محجورًا عليه فقال اللخمي: لا يجوز توكيله؛ لأنه تضييع للمال.

قُلتُ: وعليه عمل أهل بلدنا وظاهر كتاب المديان جوازها فيها منه ما نصه: قلت: إن دفعت إلى عبد أجنبي محجور عليه مالا يتجر لي فيه أو ليتيم محجور عليه، ثم لحقها دين أيكون في ذمتهما.

قال: قال مالك: ويكون في الحال الذي دفع إليهما وما زاد عنه فهو ساقط لا يكون في ذمتهما.

قُلتُ: ظاهره جواز توكيلهما إلا أن يقال إنما تكلم عليه بعد وقوعه، والأول أظهر وهو الأكثر من أخذ الأشياخ الأحكام من مفروضات المَدَوَّنة، ويؤيده سماع أَصْبَغ ابن

القاسم في كتاب العتق، وقال: أشهدكم أن ما أعتق أو أحدث في رقيقي، فأمره جائز وابنه سفيه، ثم باع ابنه من رقيق أبيه عشرة، جاز بيعه على أبيه، وإن كره إلا أن يبيع بما لا يتغابن به من محاباة بينة ووكالة السفيه كغيره.

ابن رُشْد: هذا بين لا خلاف فيه ولا إشكال، والتوكيل في الحياة بخلاف الوصية بمال ولده لا يجوز لسفيه بخلاف وصيته بتنفيذ ثلثه إلى سفيه، أي غير عدل ذاك جائز؛ لأن ثلثه له حيًا وميتًا، جواز توكلها إلا أن يقال إنما تكلم عليه بعد وقوعه والأول أظهر، وهو الأكثر من أخذ الأشياخ من مفروضات المدَوَّنة، وظاهر كلام ابن رُشْد في رسم أسلم من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب العتق الثاني جواز توكيل المحجور عليه.

وفي نوازله: من وكل على قبض دين له صبيًا قبل بلوغه فقبضه براءة للغريم؛ لأن رب الحق رضي به، وأقر له منزلته.

وفي سلمها الثاني قلت: إن وكلت ذميًا على أن يسلم لي في شيء.

قال: قال مالك: لا تدفع لنصراني شيئًا يبيعه لك، ولا يشتري لك شيئًا ولا يتقاضى لك، ولا تبضع معه، وكذلك عبدي النصراني، ولا يجوز شيء مما يصنعه النصراني للمسلمين في بيع ولا شراء.

المازري: لو وقع تفاوض الذمي بوكالته في خمر تصدق الموكل بجميع ثمنه، وفي الربا بالزيادة فقط، ولو فعل ذلك وهو يعلم حرمته وعدم إرادة المسلم ذلك غرم له ما أتلف عليه بفعله ذلك.

ابن الحاجب: وفيها لا يوكل الذمي على مسلمٍ أو بيعٍ أو شراءٍ أو يضع معه، وكرهه ولو كان عبدًا.

قُلتُ: فيها ليس كونه على مسلم ولا لفظ الكراهة، وظاهر لفظها لا يجوز الحرمة.

الصقلي عن بعض القرويين: توكيله على الاقتضاء تسليطه له على المسلمين وعلى أن يغلظ عليهم إن منعوه، فكره ذلك لئلا يذل المسلم.

قُلتُ: وهذا وإن وافق نقل ابن الحاجب فهو ليس من لفظها، وقول ابن الحاجب كابن شاس من لا يوكل عدو على عدوه، وهو قول ابن شعبان في زاهيه، لا بأس

بتوكيل من ليس بينه، وبين الموكل عليه عداوة لما نهى عنه عن الضرر والإضرار.

وتشمل الوكالة على البيع والشراء لوازمها العرفية في نكاحها الأول؛ لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه.

ابن شاس: والوكيل بالشراء يملك قبض المبيع، وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن هارون وابن عبد السلام، وفي قبوله مطلقًا نظر، ومقتضى المذهب عندي التفصيل، فحيث يجب عليه دفع الثمن يجب له قبض المبيع، وحيث لا يجب لا يجب لنكتة التي فرقوا فيها بين وجوب قبض الوكيل ثمن ما باعه وعدم صحة قبض ولي الثيب نقد وليته دون توكيل عليه، فإنه في البيع هو مسلم البيع لمبتاعه، وليس الولي كذلك في النكاح وشراؤه معيبًا تعديًا عداء إلا ما يغتفر عرفًا.

فيها: إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة تعمدًا، فإن كان عيبًا خفيفًا يغتفر مثله، وقد يكون شراؤه بها فرصة لزمتك، وإن كان عيبًا مفسدًا لم يلزمك إلا أن تشاء وهي لازمة للمأمور.

قُلتُ: انظر لو كان العيب خفيًا مغتفرًا باعتبار حال عموم الناس وحال الآمر لا يقتضي اغتفاره هل يلزم الآمر أم لا؟ والأظهر أنه يتخرج على القولين في أول كتاب الغصب في أثر العداء إذا كان يسيرًا بالنسبة إلى عموم الناس، وغير يسير بالنسبة إلى حال المتعدي عليه، هل يحكم عليه بحكم اليسير أو الكثير؟ وعبر عن هذا ابن الحاجب بقوله: فإن علم بالعيب كان له، ولا رد إلا في اليسير.

قُلتُ: استثناؤه القائل إلا في اليسير يستحيل رده لمنطوق ما قبله، وإنما يستقيم برده لمحذوف تقديره: ولا يلزم الآمر، ومثل هذا الحذف لا ينبغي في إلقاء المسائل العلمية مع يسر العبارة عنه بقوله: فإن علم بالعيب لزمه كالآمر إلا في اليسير.

وفيها: لو عينه الآمر فلا رد للمأمور بعيبه، وإن لم يعينه فقولا أشهب: قائلا للآمر أخذها بعد ردها المأمور، فإن ماتت ضمنها، وابن القاسم قائلًا: ليس له ردها أن العهدة له دون الآمر لكن لمخالفة الصفة وقد أمكنه الرد، وهذا في وكيل مخصوص والمفوض له جائزٌ رده، وإقالته على الاجتهاد دون محاباة، وفي تعليق أبي عمران: هو إن ردها ضمن عند أشهب، وإن لم يردها ضمن عند ابن القاسم، فالحيلة في الخلاص من

الضمان أن يرفع للحاكم، فما حكم به منهما فعليه يسقط الخلاف فلا ضمان.

ونقل ابن الحاجب: له الرد في غير المعين، وفيه قولا هما عكس نص قولها.

قال المازري: وهو نقل الشافعيَّة عن مذهبهم، وعلى الصواب نقلها ابن شاس.

وفي الرد بالعيب منها: من ابتاع سلعة لرجل وأعلم به البائع فالثمن على الوكيل ولو كان مؤجلًا حتى يقول له في العمد إنما ينقدك فلان دوني، فالثمن على الآمر حينئذ.

الصقلي: قال محمد: وإن لم يقل إلا ابتاعه لفلان تبع المأمور دون الآمر، إلا أن يقر الآمر فليتبع أيهما شاء، إلا أن يدعي الآمر أنه دفع الثمن للمأمور، فيحلف ويبرأ ويتبع المأمور، ولم يذكر محمد هل قبض الآمر السلعة أم لا؟

وذكر أَصْبَغ في العتبيَّة: عن ابن القاسم في قبض الآمر السلعة وقال: دفعت إلى المأمور الثمن، فإن كان المأمور دفع الثمن للبائع فالقول قول الآمر مع يمينه، وإن لم ينقد حلف المأمور ما قبض وأخذ من الآمر.

سَحنون: إن كان أشهد حين دفع أنه إنما ينقد من ماله لم يقبل قول الآمر أنه دفع إليه.

قال بعض فقهاء القرويين: ما في كتاب محمد خلاف هذا؛ لأنه ذكر أن الثمن لم يدفعه المأمور للبائع، وجعل القول قول الآمر؛ لأن السلعة ليست برهن في يد المأمور، وعلى قول ويشبه لو لم يدفع السلعة أن القول قوله على قول أشهب وإن نقد؛ لأنه يراها كرهن في يده إذ له حبسها حتى يقبض الثمن، وعلى قول ابن القاسم ليس له حبسها وعلى قوله يكون القول قول الآمر، ويجب إن دفع السلعة للآمر أن يكون القول قول الآمر، إذ لم يبق إذ لم يبق بيد المأمور عوض عما دفعه، وعما هو مجبور على دفع، وجعل في العتبيَّة القول قوله بعد دفع السلعة، إذ لم يدفع الثمن للبائع فأحله محل البائع، إذ الثمن لا يسقط عن المشتري بقبض السلعة منه، فمتى لم يقبض الثمن كان القول قول المأمور.

وقال: فيمن قال خذ لي دراهم سلفًا على طعام، لا يلزم المأمور وهو مشتري الدراهم بطعام، وهو يقول لمن اشترى سلعة بثمن لأجل، وأخبر أن الشراء لغيره، أن الثمن على المأمور حتى يقول فلان ينقدك دوني، فما الفرق بين شرائه الدراهم بسلعة

وشرائه السلعة بدراهم، إلا أن يقال القياس فيمن اشترى لغيره وأخبر أن الشراء لغيره أن يجب الثمن على الآمر، لولا العادة أن من أمر بالشراء دفع إليه الثمن، ولم تجر العادة فيمن أخذ الدراهم على سلم أن يدفع للمأمور السلم، فبقي هذا على أصله أن ذلك على الآمر كعهدة المبيعات، وجرى الشراء على العادة.

وفي الموازيَّة: إن قال بعثني فلان إليك لتبيعه فلا يتبع إلا فلانًا، وإن أنكر غرم الرسول رأس المال.

قال أشهب: ولو قال بعثني إليك لأشتري منك أو لتبيعني فالثمن على الرسول، وإن أقر المرسل كان عليه حتى يبين أني لست من الثمن في شيء، أو يقول فلان بعثني لتبيع منه.

الصقلي: والفرق بين شراء الوكيل وبيعه، إن قال البيع لفلان فالعهدة على فلان، وإن قال أشتري لفلان فالثمن على الوكيل إلا أن يقول فلان ينقدك دوني، هو أن أمر العهدة خفيف، وقد لا يحتاج لها أبدًا والثمن لا بد منه، وهذا قد ولي معاملته وقبض سلعته فعليه أداء ثمنها إلا أن يشترطه على فلان.

قُلتُ: قوله وذكر أَصْبَغ إلى قوله كان القول قول المأمور إنما هو من فصل تنازع الآمر والمأمور، وقد تقدم في مسائل العهدة في الرد بالعيب ويأتي تحصيله لابن رُشْد في تنازع الآمر والمأمور.

اللخمي: وكالة أخذ السلم بلفظ بعثني لأخذ سلم له يوجب أخذ الوكيل رأس ماله وأداء الآمر السلم، فإن أنكره سقط عنهما.

وفي غرم المأمور رأس المال قولا محمد وغيره، وأرى إن كان مأمونًا حلف لقد أرسلني وأوصلته وبرئ وإلا غرم، ولفظ وكلفني على عقد سلم له لا يوجب عليه رأس ماله، ولفظ وكلني أن أسلم له يوجبه وهي على الشراء بلفظ بعثني لتبيعه على الآمر، ولفظ لأشتري منك على المأمور، ولفظ لأشتري له في إيجابه على الوكيل أو الآمر قول محمد، ورواية المبسوط: إن أعلم أنه وكيل على شراء أنه وكيل لغيره لم يجب عليه بدل زائف يظهر في الثمن بناء على أن البيع التقابض مع العقد أو تجرده.

قُلتُ: يرد تخريجه من رواية المبسوط خلاف قول محمد: بأنه لا يلزم من عدم

وجوب البدل على المأمور عدم إيجاب دفعه الثمن، لجواز رعيه أن العرف إنما يقتضي قبض المأمور قدر الثمن فقط لا زيادة عليه ببدل منها، ثم وجدت نحوه للمازري.

وقول ابن الحاجب: ويطالب بالثمن، وللثمن ما لم يصرح بالبراءة يقتضي أن الوكيل على أخذ سلمٍ مطالبٌ بأدائه، وهو خلاف ما تقدم، وخلاف ظاهر قولها ونصه: قلت: إن قلت لرجل خذ لي دراهم سلمًا في طعام لأجل ففعل أيلزمني السلم في قول مالك.

قال: ذلك لازم للآمر عند مالك.

قال: قال مالك: وإن شرط المشتري على المأمور إن لم يرض فلان الذي أمره باث لبيعي ضامن حتى توفيه فلا بأس به.

ولما ذكر ابن عبد السلام بعض ما تقدم قال: لكن وقع في السلم الثاني فذكر المسألة بزيادة.

قال: وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه، فاشترط عليك البائع أن الرجل إن أقر له بالثمن وإلا فهو عليك نقدًا أو لأجل فلا بأس به، وظاهر هذا أن المطالب بالعوض في المسألتين إنما هو الموكل لا الوكيل، ولأنه لا يلزم الوكيل إلا بشرط.

قُلتُ: وهذا يوجب تناقض قولها في الرد بالعيب لقولها في المسألة الثانية من مسألتي كتاب السلم، وهو وهم غره فيه اعتماده على ظاهر لفظ التهذيب في مسألة كتاب السلم، ولفظها في المدَوَّنة على خلاف ذلك، ونصه: قال مالك: وإنما مثل ذلك مثل من يقول لرجل ابتع لي غلامًا أو دابة بالسوق، فيأتي المأمور لمن يشتري منه فيقول إن فلانًا أرسلني إليك أشتري له ثوبا فبيعوه فقد عرفتموه، فيقول: نحن نبيعه فإن أقر لنا بالثمن فاث برئ، وإلا فالثمن عليك نقدا أو إلى أجل، فهذا لا بأس به، ونص مسألة الرد بالعيب.

قُلتُ: لو اشترى سلعة من رجل لفلان وأخبرته أني اشتريتها لفلان لا لنفسي، قال: إن لم يقل المشتري للبائع لا أنقدك إنما ينقدك الثمن فلانٌ، فالثمن على المشتري، قاله مالك.

قُلتُ: فمسألة كتاب السلم المأمور فيها غير مشترٍ، بل أمر للبائع أن يبيع من الآمر لا منه، فجعل الثمن على الآمر.

ومسألة الرد بالعيب المأمور فيها هو المشتري لا الآمر، فلذا جعل الثمن عليه إلا أن يشترط على الآمر، وقد تقدم من نقل الصقلي واللخمي وجه هذه التفرقة.

وفيها: من باع سلعة لرجل بأمره، فإن أعلم المأمور في العقد أنها لفلان، فالعهدة على ربها إن ردت بعيب، فعلى ربها ترد وعليه الثمن لا على الوكيل، وإن لم يعلم أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه.

[باب في ضابط تراجع الحملاء فيما ابتاعوه متحاملين]

وما باعه الطوافون والنخاسون ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق، والتباعة على ربها إن وجده وإلا اتبع، وتقدم تفريق الصقلي بين سقوط العهدة عن المأمور بإعلامه المشتري أنه نائب، ولا تسقط عنه مطالبته بالثمن بذلك، وأبين منه دوام مطالبة العهدة لامتناع سقوطها، ويسر سقوط مطالبة الثمن بدفعه، وتقدم شيء من هذا في مسائل العهدة، ولو ضاع للمأمور ثمن ما ابتاعه ففي غرمه الآمر، ثالثها: إن كان شراؤه قبل قبضه من الآمر للصقلي عن الشَّيخ عن المغيرة وبعض المدنيين في قراضها والمشهور معها ومحمد قائلًا: ولو تلفت السلعة وحيث لا يجب على الآمر فالسلعة للمأمور إلا أن يأخذها الآمر بغرمه.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن اشترى مبضعٌ معه في شراء جارية أباها، وقال: لبائعها دعني أبعثها خوف فوات الرفقة وأرجع فأنقذه، فرجع فوجد الثمن تلف، فإن فرط بتطويله في رجوعها وفاتت بحمل فهو منه، وإلا خير ربها في أخذها بثمن آخر أو ردها، واختصارها ابن الحاجب بقوله: ولو تلف الثمن في يده رجع على موكله واضح القصور.

ولو جحد مبتاع سلعة من أمر ببيعها قبضها، ففي غرمه قيمتها أو ثمنها، ثالثها: أقلها للصقلي مع المازري عن الشَّيخ وابن شبلون وبعض أصحابنا، ورجح ابن محرزٍ الأول وعزاه، والثاني: للمذاكرين ولم يحك الثالث، والصقلي الثالث محتجًا بتعيينها

ضمانه بأنه أتلف الثمن.

قال: ولأن الإشهاد على العقد أنفع إذ قد يخالفه في الثمن، وقد قال محمد: إن اختلفا في الثمن وفاتت السلعة صدق المبتاع مع يمينه، وضمن الوكيل ما بقي بتعديه بترك الإشهاد، وإذا ضمن بعض الثمن ضمن جميعه.

وقال بعض شُيُوخنا: لو أنكر المسلم إليه الثمن ضمن الوكيل السلم لإقراره بثبوته على المسلم إليه وتفريطه في الإشهاد، وكذا لو أقر بقدر أقل مما قال الوكيل ضمن الوكيل الزيادة.

ابن الحاجب: ولو أسلم المبيع ولم يشهد، فجحد المشتري الثمن ضمن.

ابن عبد السلام: زاد المؤلف لفظة: الثمن، وهي توجب تشويشًا على فهم السامع ولم يذكرها أحد، وإثباتها يقتضي أنه لو جحد الشراء لما ضمن الوكيل ولو سلم المبيع، وليس كذلك في نصوص المتقدمين على ما ستقف عليه.

قُلتُ: ولم يأت بشيء من نصوص المتقدمين في ذلك إلا قوله: قال بعض الأشياخ: العادة في عقود البياعات ترك الإشهاد فلا يضمن الوكيل بتركه ولا مطالبته عليه إن كانت السلعة قائمة بيده، لكنه إن سلمها كان كالمتلف لها فيضمن.

قُلتُ: قوله إثباتها يقتضي أنه لو جحد الشراء لما ضمن الوكيل، ولو سلم المبيع وهم؛ لأن جحد الشراء مع ادعائه المأمور دفع المبيع لمن زعم أنه ابتاعه ملزوم قطعًا لجحده الثمن الذي صرح المأمور بادعائه عليه قطعا؛ لأن الشراء المذكور وثمنه متلازمان كلما انتفى أحدهما انتفى الآخر، فجحد المبتاع الشراء جحد للثمن، وكلما جحد الثمن لزم ضمان المأمور.

فقوله: لو جحد الشراء لما ضمن المأمور وهم فتأمله، ونصها فيها: من باع سلعة وكل على بيعها فجحده على مبتاعها ثمنها ضمنه؛ لأنه أتلفه بتركه الإشهاد على مبتاعها لقول مالك: من زعم في بضاعة بعثت معه لرجل أنه دفعها له فأنكره ضمنها.

اللخمي: قول عبد الملك في هذا الأصل تصديقه، وإن لم يشهد وهو عادة الناس في كثير من البياعات، فإن كان سلم السلعة حلف، وحلف الآخر ما اشترى ولا قبض

وبرئا، فإن نكل المأمور غرم الأقل من القيمة أو الثمن، وإن نكل المشتري غرم الثمن، وإن نكلا وقد غرم المأمور لنكوله بتقدم طلب الآمر لم يرجع على المشتري؛ لأنه يقول لا وخاصمني كنت المبرأ بالحلف فأردده عليك وقد نكلت عنه، فلا يجب لك علي شيءٌ، ولو غرم المشتري لبرأ الآمر به، كان له تحليف الوكيل إن نكل غرم له الثمن الذي أغرمه الآمر، وإن كانت العادة الإشهاد على الثمن غرمه، سلم السلعة له أم لا.

وإن كانت على العقد دون التسمية فإن لم يسلم السلعة لم يغرم شيئًا، وإن سلمها غرم الأقل من القيمة أو الثمن.

وإن قال المشتري: إنما اشتريت بأربعين، وقال المأمور: بخمسين مخالفًا، فإن نكل المأمور غرم المشتري أربعين فقط.

وفي غرم المأمور تمام الخمسين قولا ابن القاسم ومحمد، وثالثها لرواية يفسخ البيع وهو أبين لقول الآمر: لا يجوز علي نكول المأمور، فلا تؤخذ سلعتي بغير ما أقر وكيلي أنه باع به، وعلى الفسخ يغرم الوكيل على قول محمد الخمسين، وعلى قول ابن القاسم: لا غرم عليه، ومحمل قول محمد على ترك الإشهاد.

وسمع ابن القاسم: من أمر من يبيع له غلامًا لم يسم له ثمنه فقال: بعته بخمسين، وقال: مشتريه بأربعين تحالفًا، فإن نكل الوكيل حلف المشتري، وثبت قوله: فلا يقال للآمر احلف؛ لأنه لا علم له.

ابن رُشْد: معناه فوض له في ثمنه؛ لأنه لو لم يفوض له ولا سمى لوقف الآمر على رضاه ولوجب إن قال: بعته بخمسين، وقال المشتري: بأربعين، وقال الآمر: لا أرضى بيعه بالخمسين أن يأخذ عبده، وإن قال: لا أبيعه بدون الخمسين، قيل للمشتري: إن شئت خذه بها وإلا فلا شيء لك ولا أيمان بينكما، ولو قال الآمر: لو باعه بأربعين رضيتها؛ ولكنه باعها بخمسين فأطلبها، كانت الأيمان بينهما كما ذكره؛ يريد: تكون الأيمان بينهما كاختلاف المتبايعين في الثمن.

فقوله: إن نكل الرسول لم يفسخ البيع صحيح، وقوله: لا يقال للآمر احلف، معناه: لا يجب عليه إذا لم يل البيع، إنما يجب على من وليه ومن حقه إن ادعى معرفة الثمن أن يحلف إن شاء بدل الرسول فيفسخ البيع إن حلف المشتري، ولا يجب على

الوكيل شيء بنكوله؛ لأنه بحلفه أختار فسخ البيع على إمضائه بيمين المشتري ويضمن الرسول العشرة، وكذا إن حلف المشتري والرسول وانفسخ البيع لم يجب على الرسول شيء؛ لأن الإشهاد لا يجب عليه إلا عند دفع السلعة؛ لأنه إن لو قال بعته بخمسين فأنكر المشتري الشراء وحلف لم يجب على الوكيل شيء، ولو دفع العبد فجحد الثمن وأنكر، قبض العبد وحلف، ضمن الرسول الخمسين لا قيمة العبد، كذا قال في المدَوَّنة: يضمن الثمن، ووجهه أن الإشهاد بالثمن إنما يجب عند دفع العبد، وإن لم يحلف واحد منهما حلف المشتري وثبت قوله على ما قال في السماع، وتبع الآمر الوكيل بالعشرة التي أتلف بنكوله، رواه محمد، وكذا لو فات العبد عند المشتري وحلف لغرم الوكيل العشرة، رواه محمد أيضًا، ولم يتكلم في السماع إن نكل المشتري بعد نكول الرسول.

وقال فيه ابن حبيب: يلزمه البيع؛ يريد: بما قال الوكيل، كقوله: إن نكل المتبايعان فالقول قول البائع، وقول أبي بكر بن محمد: إن نكل المشتري بعد نكول الوكيل غرم ما قال الرسول، بخلاف المتبايعين لا يصح بوجه، ولا فرق بينهما وبين المتبايعين ففي نكولهما القولان كالمتبايعين، وذكر كلامًا تقدم في اختلاف المتبايعين.

وفي الوديعة منها: أن أمر من باع ثوبًا من رجل بدفعه ثمنه لمن يأتيه به فقال: قبضته وتلف، لم يبر دافعه إلا ببينة على دفعه.

قُلتُ: ما الفرق بينه وبين قول مالك: فيمن بعث بمال لرجل فقال: قبضته وتلف، قال: ليس ما في الذمة كالأمانة.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن قال من أمر بدفع ثوب لصباغ دفعته له، فأكذبه الصباغ فالمأمور ضامن ولو صدق، وقال: ضاع وهو عديم، ضمنه الصباغ ولا شيء على المأمور.

ابن رُشْد: إن أكذبه ضمن اتفاقًا لتعديه إذ لم يشهد، ولو كان مفوضًا إليه، وقول بعض أهل النظر: معنى المسألة أنه أمره بدفه لصباغ معين، ولو كان غير معين صدق مع يمينه، وإن أنكر القابض كالمساكين الذين لا يلزمه الإشهاد عليهم، ويصدق في الدفع إليهم غير صحيح والإشهاد لازم له في المعين وغيره.

قُلتُ: قوله: قول بعض أهل النظر؛ يريد به: ابن دحونٍ؛ لأنه صرح بعزو هذه إليه في الأولى من رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الرهون، وفي براءة الدافع بتصديق الصباغ وهو عديم تأويلان، أحدهما الغسال ضامن تتبع ذمته بخلاف المؤتمن، الثاني: أنه على القول ببراءة المأمور بالدفع إذا كان أمينًا بتصديق القابض، وإن كان مؤتمنًا وادعى التلف، وهو قول ابن القاسم في الوديعة منها خلاف قوله في الموازيَّة.

وفي مختصر الأسدية لأبي زيد القولان: ففي براءة الآدمي الدافع بتصديق القابض قبض لأمانة أو ذمةٍ، وعدمه قبض لأمانة أو ذمة إذا كانت خربةً، ثالثها: لا يبرأ إن قبض إلى أمانة، ويبرأ إن قبض لذمةٍ وإن كانت خربةً.

قُلتُ: عزا الثالث في المقدمات لفضل قال: ومسائله أربع من ذمة لذمة أو لأمانة، ومن أمانة لأمانة أو لذمة، وتحصيلها في المقدمات.

قُلتُ: وقال فيها: دافع الأمانة لأمانة في براءته بتصديق، وأمر بدفعها له مدعيًا تلفها، قول ابن القاسم فيها، وفي الموازيَّة: ولذمة خربة قولان في سماع عيسى في مسألة الصباغ مع أحد نقلي أبي زيد عنه، وثانيهما: ودافع ما في ذمة لأمانة لا يبرأ بتصديق من أمر بدفعه له إن ادعى تلفه، لا أعرف فيه نص خلاف إلا أن يتخرج فيه من الأمانة، وكذا إن أنكر قبضه وقد يدخله الخلاف من مسألة اللؤلؤ.

قُلتُ: وقال قبل هذا دافع الأمانة لغير اليد التي دفعت إليه عليه الإشهاد كولي مال اليتيم لا يصدق في الدفع إن أنكره القابض لا أحفظ فيه نص خلاف الأقوال.

ابن الماجِشُون: فيمن بعث بضاعة مع رجل لرجل أنه لا يلزمه إشهاد بدفعها ويصدق وإن أنكر القابض كانت دينًا أو صلةً، ويمكن أن يتخرج مثله من قول ابن القاسم فيها: من أمر من يشتري له لؤلؤًا من بلد، وينقد عنه فزعم أنه ابتاعه ونقد ثمنه ثم تلف حلف على ذلك ورجع عليه بالثمن؛ لأنه أمينه، فإذا وجب تعمير ذمة الآمر بقوله فعلت ما أمرني به، وإذا وجب أن تخلي ذمته بقوله ما أمرتني به، وإذ أوجب أن تخلي ذمته بقوله فعلت فإخلاؤه أمانته أوجب.

ومن سماع عيسى ممن اشترى ثوبًا من ثوبين على أن أحدهما قد وجب عليه بخياره فيضيع أحدهما فيدعي أنه كان اختار هذا الباقي أنه يصدق، وإذا غرم الدافع ففي

رجوعه على القابض المدعي تلفه.

قولا مُطَرِّف: لتفريطه بعدم سرعة الدفع وابن الماجِشُون: إذ الأصل عدم التفريط، هذا إن ثبت توكيله ببينة أو إقرار الموكل، وإلا ففي كون القول قول الموكل فيحلف ما وكله ويضمن الوكيل، أو قوله لتصديق الدافع له قولان الآتي على ما في الوديعة منها مع قول أشهب وسماع سَحنون ابن القاسم في كتاب العارية وسماعه عيسى فيه، وعلى الأول إن رجع الآمر على الوكيل فلا رجوع له على أحد، وإن رجع على الغريم رجع على الوكيل، وعلى الثاني في رجوع الغريم عليه إن غرم ما تقدم من قول الأخوين.

وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: ولو قال: قبضت الثمن وتلف برئ ولم يبرأ الغريم إلا ببينة إلا في الوكيل المفوض إليه هو نص النوادر.

ومن نقل ابن حبيب عن رواية مُطَرِّف قال: والوصي كالمفوض إليه، وقاله ابن القاسم وابن الماجِشُون، وفي المديان منها مثله.

ولو جحد الوكيل قبض ثمنٍ فأكذبته البينة، فقال: تلف أو رددته بموجب لم تقبل ببينة بذلك، وكذا من أقام بينته ببراءته من دين قامت به بينة بعد إنكاره إياه وتمامها في الوديعة.

والمذهب عدم قبول قول الوصي من أب أو قاض في دفع مال اليتيم إليه بعد رشده إلا ببينة أو دليل طول السكوت، وفي الوكالة منها: كالوصي يدعي الدفع للورثة فعليه البينة؛ لأنهم غير من دفع إليه، ولو زعم الوصي أنه تلف ما بيده لم يضمن؛ لأنه أمين، ومثله في الوصايا الأول منها.

الصقلي: لأنه وإن كان مؤتمنًا فقد دفع لغير من ائتمنه.

وروى محمد: إلا أن يطول الزمان كعشرين سنة يقيمون معه لا يطلبونه فالقول قوله مع يمينه.

الصقلي: لأن العرف قبض أموالهم إذا رشدوا كالبياعات بغير كتب وثيقة إذا مضى من الزمان ما العادة عدم تأخير قبض الثمن إليه، قبل قول المشتري بيمينه.

المتيطي: الإشهاد لازم للوصي في دفعه مال اليتيم إليه إذا انطلق من ولايته، قبض

الوصي المال ببينة أو غيرها.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: إذا طال الزمان سنين كثيرة بعد انطلاقه، قبل قول الوصي مع يمينه.

قال ابن العطار: والقضاء بها تقدم، وقال القاضي أبو بكر بن زَرْب: إذا قام على وصيه بعد انطلاقه بالعشرة الأعوام أو الثمانية أنه لم يدفع إليه ماله فلا شيء له قبله؛ يريد: من المال وحلف لقد دفع إليه، ومقتضى النظر أن القول قول المدعي أنه ما قبض حتى يمضي من المدة ما يقتضي كذبه.

قُلتُ: ففي لغو دعوى الوصي دفعه ما ليتيمه له بعد رشده مطلقًا، وقبول قوله مع حلفه بعد طول سكوت اليتيم عشرين عامًا أو ثمانية، ثالثها: ما يقتضي العرف كذبه لابن العطار عن القضاء عندهم، ورواية محمد مع المتيطي عن أشهب وعن ابن زَرْب واختياره.

وفيها لمالك لو قال: أنفقت عليهم وهم صغار فإن كانوا بحجره يليهم فالقول قوله ما لم يأت بها لم يستنكر أو بسرفٍ.

الصقلي: روى محمد إن ادعى سدادا أو زيادة يسيرة صدق مع حلفه، وقاله ابن القاسم، وفي سماع أشهب وربما قال: وله أن يشتري له بعض ما يلهو به، وفي المجموعة لابن كنانة: وينفق في عرسه بقدر حاله.

وفيها مع غيرها: إن كان اليتيم في حضانة غير وصيه لم يصدق في دفع النفقة إلا ببينة، وتمام هذا في الوصايا.

وفيها: والوكيل على بيع مصدق في دفع ثمنه للآمر؛ لأنه أمينه.

ابن رُشْد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنه دفع لموكله ما أمره بقبضه من مبيع أو غريم مطلقًا، أو إن كان بعد شهر ونحوه، وإن طال لم يحلف، ثالثها: إن كان بالفور كيسير الأيام يحلف، وإن طال لم يحلف، ورابعها: الوكيل على معين غارم مطلقًا والمفوض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها، ورواية مُطَرِّف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجِشُون وأَصْبَغ، وإن مات بحدثان قبضه كان في ماله وبعده ما فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه.

وفي حمل الزوج في بيعه وشرائه لزوجه على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى تثبت دليلًا، سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى.

قال ابن الحاجب: والمصدق في الرد ليس له التأخير لعذر الإشهاد.

ابن عبد السلام: موضع هذا الفرع كتاب الوديعة.

ولما رأى المؤلف أن المشهور قبول قول الوكيل في دفعه لموكله ما قبضه أشبه المودع في دعواه رد الوديعة إذا قبضها بغير بينة، وينبغي أن يكون للوكيل والمودع مقال في وقف الدفع على البينة وإن كان القول قولهما في الرد؛ لأن البينة تسقط عنهما اليمين.

ابن هارون ونحوه، ذكر ابن شاس: وفي نظر؛ لأن بالبينة تسقط عنهما اليمين أعني الموكل والمودع.

قُلتُ: كلاهما حمل لفظ ابن الحاجب على دفع الوكيل للموكل وتعقباه بما ذكراه، وفيما حملاه عليه نظر؛ لأن لفظ ابن شاس هو ما نصه: ومن يصدق في الرد إذا طلب به فليس له التأخير لعذر الإشهاد إذا تحقق الوكالة أو باشره المستحق ولمن عليه الحق بشهادة وقد دفعه لمستحقه أو وكيله على الإشهاد وإن اعترف به، فإن كان بيده تركه واعترف لإنسان أنه الوارث لا غيره لزمه دفعه إليه، ولم يجز له تكليفه البينة على أن لا وارث سواه.

قُلتُ: فقوله لمستحقه أو وكيله نص في أنها ليست بين الوكيل والموكل وجميع ما نقلناه لابن شاس لم أجده نصًّا لأهل المذهب، بل هو نص الغزالي في الوجيز بزيادة خلاف عندهم؛ لأنه قال: ومن يصدق في الرد إذا طولب بالرد هل له التأخير بعذر الإشهاد؟ وجهان.

وقال المازري: قالوا: يعني: الشافعيَّة: إذا كان الدين بالإشهاد فمن حق المداين أن لا يدفعه إلا بالإشهاد إذ لا مخلص للمدين إلا بالإشهاد، ولو كان بغير بينة لم يلزم مستحقه الإشهاد بقبضه؛ لأن من هو عليه يمكن أن يبرأ منه بجحوده أصلًا فيصدق مع يمينه ولم يعتبروا مشقة الحلف.

والحق أن لا تعقب على ظاهر لفظ ابن الحاجب؛ لأنه يصدق بحمله على الصور التي يصدق فيها الدافع بغير يمين كالوكيل على قبض شيء يطلبه منه موكله بعد قبضه

منه بمدة طويلة يصدق فيها الوكيل دون يمين، وفيها ذكره ابن شاس عن المذهب نظر، ولا يجوز له أن ينقل عن المذهب ما هو نص لغير المذهب ولاسيما وأصول المذهب تقتضي خلافه حسبما أشار إليه المازري وشارحا ابن الحاجب، وكذلك قوله في مسألة التركة فاعلمه.

وفي نوازل عيسى: من وكل على خصومة أو وجه من الوجوه لا يوكل غيره عليه في حياته ولا مماته، إنما يجوز ذلك للوصي.

ابن رُشْد: لا أحفظ خلافًا في الوكيل على شيء مخصوص أنه لا يجوز توكيل غيره عليه، واختلف إن فعل في ضمانه ففي رسم الصبرة من سماع يحيى أنه ضامن إن خرج المال من يده لمن وكله إلا أن يكون لا يلي ذلك بنفسه وعرف ذلك موكله، وإن لم يعرفه فهو ضامن إن كان غير مشهور أنه لا يلي ذلك؛ لأن رضاه بالوكالة يدل على أنه يتولى حتى يعلم الموكل أنه لا يتولى، وفي غير المشهور محمول على أنه لم يعلم حتى يعلم أنه علم، والمشهور بأنه لا يتولى بنفسه لا يضمن والموكل فيه محمول على أنه علم.

وقال بعض العلماء: إذا فعل وكيل الوكيل ما يصنع الوكيل، ولم يتعد في شيء أنه جائز، يريد: لا يضمن من وكله، وقال أشهب: إن كان مثله في الكفاية لم يضمن.

المازري: إن علم الموكل حال المشهور أنه لا يتولى بنفسه لم يكن متعديًا بوكالة غيره اتفاقًا.

قُلتُ: ظاهر كلامه وكلام ابن رُشْد عدم تعديه بفعله، وهل يجوز له ابتداءً؟ ظاهر لفظها منعه، ومقتضى تعليلها بحاله يقتضي جوازه ابتداء.

وفيها: والوكيل على السلم إذا وكل غيره لم يجز.

الصقلي: يريد: ولا يجوز للآمر أن يرضى فعله إذ بتعديه صار الثمن دينًا في ذمته، فيصير فسخ دين في دين إلا أن يكون السلم حل وقبض، فلا بأس بأخذه لسلامته من ذلك وبيع الطعام قبل قبضه.

وقال سَحنون: إن كان المأمور مثله لا يتولى السلم بنفسه؛ جاز للآمر أن يرضى بفعله.

الصقلي: يريد: أنه فعل ما يجوز له فلا يتخلد في ذمته دينًا.

قُلتُ: فيجب حمل قوله: جاز للآمر أن يرضى بفعله على لزوم ذلك له.

قال ابن حبيب: روى ابن القاسم: إن وكل الوكيل غيره فللآمر أن يجيز ذلك، ويكون الطعام له أو يأخذ رأس ماله من الوكيل.

قال: وأنكره أَصْبَغ ومن لقيت من أصحاب مالك، وقالوا: إن فعل وكيل الوكيل ما ينبغي أن يفعل وتوثق لزم ذلك الموكل ولا خيار له، وإلا غرم الوكيل الأول للآمر وبقي له الطعام، وبه أقول.

ابن رُشْد: والوكيل المفوض إليه في كل الأشياء لا أحفظ في جواز توكيله غيره نصًّا لأحد من المتقدمين، واختلف فيه الشُيُوخ المتأخرون، والأظهر أن له أن يوكل؛ لأن الموكل قد أنزله منزلته.

وقوله: يجوز ذلك للوصي في حياته وبعد موته هو نص مالك وأصحابه لا أعلم فيه خلافًا.

ابن شاس: علم الموكل عجز الوكيل بانفراده عما وكل عليه أو عدم مباشرته ذلك عادةً يجوز له توكيل غيره ولا يوكل إلا أمينًا.

قُلتُ: ظاهر لفظ ابن رُشْد أنه لا يوكل غيره ابتداءً لكنه إن فعل لم يضمن، ومقتضى علة نفي ضمانه يقتضي جوازه ابتداءً، ولفظ المازري كابن رُشْد، وظاهر قوله: أنه لا يوكل إلا أمينًا أنه لا يشترط مساواته في الأمانة.

ودليل لفظ المدَوَّنة في كتاب الإجارة: إن اكتريت فسطاطًا فأكريته من مثلك في حالك وأمانتك، فذلك جائز بشرط مساواته في الأمانة.

وإذا وكل الوكيل بإذن الموكل، ثم مات الوكيل الأول فقال المازري: الأظهر أن الثاني لا ينعزل بموت الأول، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت موكله، ولابن القاسم ما يشير إلى هذا وهو إمضاء تصرف من أبضع معه أحد الشريكين بعد تفاصلهما.

قُلتُ: هي مسألة كتاب الشركة.

ابن الحاجب: ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الأول ابن عبد السلام، لا يتخرج فيه الخلاف من وكيل القاضي لليتيم، فإن فيه خلافًا هل هو نائب عن القاضي أو عن

والد اليتيم؟ وأيضًا فإن القاضي الذي قدم ناظرًا لليتيم لو مات لم يكن موته عزلًا لذلك الناظر.

قُلتُ: في كلامه هذا تنافٍ، بيانه أنه نقل أولا القول بأن ناظر اليتيم نائب عن القاضي لا عن الأب، ولازم هذا انعزال الناظر بموت القاضي، ثم قال على وجه الاستدلال: بأنه لو مات القاضي لم ينعزل الناظر، وظاهره اتفاقًا وهو خلاف لازم كونه نائبًا عن القاضي لا عن الأب، ولازم هذا انعزال الناظر بموت القاضي، والقول بانعزال ناظر اليتيم بموت القاضي ثابت في المذهب حسبما يذكر في كتاب الأقضية إن شاء الله تعالى، وبعد الإعراض عن هذا التنافي فالذي يتحصل من كلامه فرقًا مانعًا من التخريج كما زعم هو أن ناظر القاضي نائب عنه في قولٍ، ووكيل الوكيل نائب عن الموكل لا عن الوكيل، وهذا يرد بمنع انحصار نيابة وكيل الموكل عن الموكل؛ لأن الوكيل له عزل وكيله واستقلاله بفعل نفسه اتفاقًا، ولو لم يكن نائبًا عنه لما صح عزله عنه.

ويفرق بأن نيابة القاضي عن الأب أضعف من نيابة الوكيل عن موكله؛ لأن نيابة القاضي عن الأب إنما هي بأمر أعم وهو ولايته الصالحة له ولغيره فهو بالنسبة إليه كدلالة العام على بعض أفراده، ونيابة الوكيل عن الموكل إنما هي بتوليته إياه بعينه فهي كدلالة الخاص على نفس مدلوله وهي أقوى من دلالة العام اتفاقًا، ولا يلزم من نقض أثر الأضعف نقض أثر الأقوى.

والمعروف انعزال الوكيل بعلمه بموت موكله:

ونقل اللخمي والمازري وابن رُشْد وغيرهم عن مُطَرِّف: لا ينعزل به إلا بقيد كونه مفوضًا إليه.

ونقل ابن شاس وابن حارث عنه بقيد: كونه مفوضًا إليه، وعزاه ابن رُشْد في سماع سَحنون لابن الماجِشُون: وطرف مطلقًا لا بقيد تفويض، وكذا في المقدمات قال فيها: ولأَصْبَغ ينعزل بموته إن كان هو البائع ولا يقبض الثمن إلا بتوكيل الوارث، وإن كان الوكيل ولي البيع فهو على وكالته حتى يعزله الوارث.

قُلتُ: فالأقوال أربعة: المعروف، والنقلان عن مُطَرِّف، وقول أَصْبَغ.

قال ابن رُشْد: وقول محمد أجمع أصحاب مالك على انعزاله بعلمه بعزله أو موت موكله غير صحيح، ثم قال: ولم أعلمهم اختلفوا أن القاضي لا ينعزل بموت الإمام الذي قدمه، فانظر الفرق بينهما.

قُلتُ: الفرق عظم المفسدة بعزله بموته لعموم متعلق نيابته في أمور المسلمين، ولأنها في تغيير منكر؛ لأنها في رد ظلم الظالم عن المظلوم، وقاله عز الدين بن عبد السلام، وبأن الإمام إنما قدمه نائبًا عن المسلمين في حقهم لا عن نفسه في حقه، وفي تقرر انعزاله بنفس عزله أو موت موكله أو مع علمه ذلك ولو في حق مدين موكله، ثالثها: بعلمه فقط في حقه وفي حق المدين بعلمه، ورابعها: بنفس الموت فيه وبعلمه في العزل لابن رُشْد عن ابن القاسم في كتاب الشركة قائلًا: عليه حمله التونسي والشُيُوخ مع اللخمي عن ظاهر المذهب قائلًا عن ابن المنذر: الإجماع عليه، وابن رُشْد عن سماع سَحنون أشهب في المقدمات عن قول مالك: أول وكالتها مع ابن القاسم في الشريكين يفترقان فيقضي الغريم أجرهما إن علم افتراقهما، ضمن حظ من لم يدفع له ورجع على من دفع له بما غرم للغائب وإن لم يعلم لم يصحبه، ورواية اللخمي: وفي إجراء الخلاف على اختلافهم في اعتبار النسخ يوم نزوله أو بلاغه، ومنعه بالتفرقة بأنه لا يلزم من كونه يوم البلاغ في الحكم الشرعي كونه كذلك في فعل الوكيل؛ لأن الحكم السابق لا يجوز للمكلف ترك العمل به، وأمر الموكل جائزٌ للوكيل تركه، فجاز توجه الحكم الشرعي عليه بالنهي قبل بلوغه نقلًا.

المازري: وأخذ ابن رُشْد في المقدمات قول أشهب من قوله: إن علم الوكيل عزله دون المدين غرم بخلاف إن لم يعلمًا.

فإن قيل: قد ضمنه إن علم ولم يعلم الموكل الوكيل، قيل: إنه معزول في حقهما معًا بعلم أحدهما، قلنا لا نقوله ولا يصح؛ لأنه إنما ضمنه إن دفع وهو عالم والوكيل جاهل لتعديه بالدفع لا؛ لأن الوكالة انفسخت في حق الوكيل ألا ترى أنه لا يرجع على الوكيل إن تلف المال بيده لبقاء الوكالة في حقه فهو أمانة عنده، ولو انعزل بعلم لوجب الرجوع عليه بما غرم لرب الدين، وفي المسألة تأويلات كثيرة، جعل بعضهم قول ابن القاسم في كتاب الشركة كقول أشهب، فيتأول قوله على أن الوكيل علم بعزله ويجعل

مثله مسألة موت الموكل فيقول: إن لم يعلم الوكيل بموت موكله لم يضمن من دفع إليه إلا أن يعلم فيكون متعديًا، ومنهم من فرق بين مسألة عزله وموت الموكل فقال: إنما ضمن الدافع للوكيل في الموت إن لم يعلم الوكيل رعيًا للقول أن الوكالة لا تنفسخ بموت الموكل، ولو علم الوكيل فيضمن الغريم على هذا التأويل في العزل وإن لم يعلم أحدهما، ولا يضمن في الموت إلا من علم، وقال بعضهم: هو اختلاف قول فيدخل قول إحداهما في الأخرى فيأتي في مسألة الموت ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يبرأ الدافع للوكيل وإن لم يعلم هو ولا الوكيل.

والثاني: يبرأ بدفعه إن لم يعلم ولو علم الوكيل.

والثالث: يبرأ الدافع إن لم يعلم إذا لم يعلم الوكيل لا إن علم، وهذا أظهر التأويلات.

فالتأويلات خمس: أحدها: الموت والعزل سواء في الفسخ في كل منهما، فأحدهما مطلقًا أو بعلم الوكيل، ثالثها في حق العالم منهما فقط وقد مر عزوها.

الثاني: هما سواء في كل منهما الأخيران فقط.

الثالث: لا ينفسخ بالموت في حق أحدهما إلا بعلمه، وفي العزل قولان الفسخ في حقهما معا بالعزل، وقيل: بعلم الوكيل فقط.

الرابع: لا تنفسخ في الموت في حق أحدهما إلا بعلمه، وفي العزل بعلم الوكيل قولًا واحدًا.

الخامس: تنفسخ في الموت بعلم الوكيل في حقه وحق من عاملهن وفي العزل بوقوعه وإن لم يعلم أحدهما.

وفي البيان: أجمعوا أن من باع سلعة وكل على بيعها بعد بيع موكله إياها غير عالم به أنها للثاني وإن قبضها، وهذا يدل على عدم فسخ وكالته بنفس الفسخ حتى يعلم الوكيل ذلك أو المشتري، قاله في سماع سَحنون، والمسألة في سماع ابن القاسم قال فيها ابن رُشْد: لا خلاف في المذهب أنها للثاني إن قبضتها غير عالم ببيع الآمر إياها إلا ما حكاه ابن حارث عن المغيرة أنها للأول ولو قبضها الثاني.

اللخمي: وعلى انعزال الوكيل بنفس العزل أو الموت فبيعه بعد عزله كمستحق

لربه وشراؤه بعده إن بين لبائعه أنه وكيل، فللوارث أخذ المشتري أو ثمنه من بائعه إن كان حاضرًا، وإن غاب فليس له على الوكيل إلا أخذ ما اشتراه أو ثمن ما باعه؛ لأنه تصرف بشبهةٍ، وخصومته بعد انعزاله تثبت الحق للآمر لا عليه.

المازري: وجنون الوكيل لا يوجب عزله إن برئ، وكذا جنون الموكل وإن لم يبرأ، فإن طال نظر السلطان في كل أمره، وطلاق الزوجة لا يوجب عزلها عن وكالة مطلقها إلا أن يعلم أنه لا يرضى فعلها بعد طلاقها.

قُلتُ: والأظهر انعزاله عن وكالتها إياه بطلاقها قال: والردة لغو إلا أن يعلم أنه لا يرضى فعله بعد ردته، وفي الانعزال بطول مدة التوكيل ستة أشهرٍ وبقائه قول ابن سهلٍ: رأيت بعض شُيُوخنا يستكثر إمساك الوكيل على الخصومة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد التوكيل مع قول المتيطي في الوكالة: على الإنكاح إن سقط من رسمه لفظ دائمةٍ مستمرةٍ وطال أمر التوكيل ستة أشهر سقطت إلا بتوكيلٍ ثانٍ.

ونقل ابن سهل عن سَحنون: من قام بتوكيل على خصومة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد التوكيل مع قول المتيطي في الوكالة: على الإنكاح إن سقط من رسمه بعد سنتين، وقد أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم ينشبها بعد مضي سنتين سأل الحاكم موكله على بقاء توكيله أو عزله فإن كان غائبًا فهو على وكالته.

ابن فتوحٍ: إن خاصم واتصل خصامه سنين لم يحتج لتجديد توكيل.

ولابن رُشْد في نوازله: لا خلاف أن للموكل عزل وكيله متى شاء، وأن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا في الوكالة على الخصام، والوكالة على الخصام لمرض الموكل أو سفره أو كونه امرأةً لا يخرج مثلها جائزةٌ اتفاقًا.

المتيطي: وكذا لعذرٍ بشغل الأمير أو خطةٍ لا يستطيع مفارقتها كالحجابة وغيرها، وفي جوازها لغير ذلك ثالثها للطالب لا للمطلوب للمعروف مع نقل المتيطي هو الذي عليه العمل، ونقله عن سَحنون في رسالته إلى محمد بن زياد قاضي قرطبة وفعله، وعلى المعروف في جوازها مطلقًا أو بعد أن ينعقد بينهما ما يكون من دعوى أو إقرارٍ.

نقلا ابن سهلٍ قائلًا: وذكر ابن العطار: أن له أن يوكل قبل المجاوبة إن كان الوكيل حاضرًا، والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك؛ لأن اللدد فيه ظاهرٌ، ومراده

أن يحدث عنه ما فيه شغبًا، ثم قال: الذي عليه العمل قديمًا وحديثًا قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشغيبٌ ولددٌ فواجبٌ منعه من التوكيل لأحدٍ.

المتيطي: للموكل عزل وكيله ما لم يناشب الخصومة، فإن جالس الوكيل خصمه عند الحاكم ثلاث مراتٍ فأكثر لم يكن له عزله، ولأَصْبَغ في الواضحة: إن قاعده مقاعدةً تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله، ومثله في أحكام ابن زياد، ولأَصْبَغ ما يدل أيضًا على أن له عزله ما لم يشرف على تمام الحكم وحيث لا يكون للموكل عزله لا يكون له هو أن ينحل عنه إن قبل الوكالة، وقال محمد: له حول وكيله ما لم يشرف على الحكم.

وإن ظهر من الوكيل تفريطٌ أو ميلٌ مع الخصم أو مرض فلموكله عزله ولمن خاصم لنفسه، وقاعد خصمه ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما لم يكن له أن يوكل من يخاصم عنه إلا لمرض أو سفر، ويعرف ذلك ولا يمنع أحد الخصمين من سفر إن أراده.

وله أن يوكل عنه.

ابن العطار: ويلزمه الحلف أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل منع.

وقال ابن الفخار: لا يمين عليه.

قُلتُ: الأظهر أنها كأيمان التهم.

قال محمد بن عمر: من حلف أن لا يخاصم خصمه؛ لأنه أحرجه أو شاتمه جاز أن يوكل غيره، وإن حلف لا لذلك فلا.

قُلتُ: في عطف شاتمه على أحرجه بالواو أو بأو اختلاف نسخ.

وفي طرر ابن عاتٍ عن ابن رُشْد: للموكل عزل وكيله، وللوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء أحدهما اتفاقًا إلا في وكالة الخصام فليس لأحدهما ذلك بعد أن ينشب الخصام والمفوض إليه والمخصوص سواءٌ.

وسمع عيسى ابن القاسم: أن ادعاء شريكان على رجل حقا فقالا للقاضي: من حضر منا يخاصمه فليس لهما ذلك لقول مالك: من قاعد خصمه عند القاضي فليس له أن يوكل الآمر علة، وقال في ورثة ادعوا منزلًا بيد رجل لا يخاصمه كل واحد عن نفسه؛ بل يقدمون رجلًا يخاصمه.

ابن رُشْد: هذا كما لا يجوز للرجل توكيل وكيلين يخاصمان عنه إن غاب أحدهما خاصم له الآخر، ولذلك لم يكن لمن قاعد خصمه أن يوكل غيره إلا لعوز مرضٍ أو سفرٍ أو إساءة خصمه له فيحلف لا خاصمه أو يظهر من وكيله ميلٌ لخصمه ولا خلاف في هذا.

قُلتُ: ففي منع العزل بمجرد انتشاب الخصام أو بمقاعدته ثلاثًا، ثالثها بمقاعدته مقاعدةً يثبت فيها الحجج، ورابعها: ما لم يشرف على تمام الحكم، وخامسها: على الحكم لابن رُشْد مع اللخمي والمتيطي عن المذهب، وله عن أحد قولي أَصْبَغ وعن ثانيهما ومحمد.

المتيطي وابن الهندي: ولإعذار إلى الموكل من تمام الوكيل وإن لم يعذر إليه جاز.

ابن عات: لأن الشأن في القديم الإعذار ثم ترك.

قال: ويعذر أيضًا في الموت والوراثة.

ابن مالك: لا بد من الإعذار للموكل؛ لأن الوكيل يقر على موكله ويلزمه.

ابن بشير: إنما ترك الإعذار في الوكالة والموت؛ لأنه لا بد أن يعزو إليه في آخر الأمر.

قال أبو الأَصْبَغ: هذه نكتة حسنة إذ لا بد للقاضي أن يقول للخصمين أبقيت لكما حجة، وفي أحكام ابن زياد: فيمن طلب أن يعذر إليه في توكيل خصمه السيرة أن يثبت التوكيل ثم ينظر في الطلب.

وعقد الوكالة غير لازم للموكل مطلقًا في غير الخصام والوكيل مخير في قبولها، فإن تأخر قبوله عن علمه بها، فقال المازري: يتخرج على قولي مالك في قبول المرأة التمليك بعد انقضاء المجلس، وخرجه بعض أشياخي الفقهاء على خلاف الأصوليين في فور الأمر وتراخيه، فذكرته لإمامي في الأصول فلم يقبله، وقال: الأولى جريه على خلاف الأصوليين في ثبوت العموم في المعاني ونفيه؛ لأن قوله أقر لك بيدك لا زمن فيه بصيغة تتناوله، ومن حيث لم يقيد الخطاب بزمن حمل على العموم وعلى طريقة هذين الشَّيخين يتصور الخلاف في الوكالة، والتحقيق الرجوع لاعتبار القصد والعوائد في اقتضاء الجواب عاجلًا أو ولو مؤخرًا.

قُلتُ: تقدم الكلام فيه بأتم من هذا، فإن قيل: الوكيل بغير عوض ففي صحة عزله نفسه نقلا اللخمي عن مالك، مع عبد الملك وابن القُصَّار والبغداديين وغيرهم، مع المازري عن تخريجه بعض أشياخي: على عدم لزوم الهبة بالعقد قائلًا: ورواه بعض أشياخي نصًّا من رواية ابن نافع: قبول قول وكيل على شراء سلعة بعد شرائه إياها اشتريتها لنفسي، ولابن زرقون في كتاب القراض: المشهور أن الوكيل عزل نفسه، وقيل: ليس له ذلك.

قال: ومن وكل على شراء سلعة بعينها فاشتراها الوكيل لنفسه فلابن القاسم في الثمانية هي للآمر، وروى ابن نافع هي للوكيل، وقاله ابن الماجِشُون.

وقال مُطَرِّف: إن كان الآمر بالبلد فهي للوكيل وإلا فللآمر، وعلى أنها للوكيل روى ابن نافع يصدق أنه اشتراها لنفسه.

ابن الماجِشُون: ولا يصدق إلا أن أشهد عند الشراء أن ما يشتري لنفسه، وهذا بناء على جواز عزله نفسه ونفيه.

ابن رُشْد في أول رسم من سماع ابن القاسم في الشركة: في كونها للمأمور ولو قبض ثمنها بعد حلفه أنه اشتراها لنفسه أو للآمر ولو لم يدفع ثمنها، ثالثها: إن أشهد قبل الشراء أنه إنما يشتري لنفسه، ورابعها: إن لم يدفع له الآمر ثمنها لرواية السباتي وعيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة مع أَصْبَغ، ونقله عنه في الثمانية، ولو أشهد أنه إنما يشتري لنفسه حتى يرجع للآمر فيبرأ من وعده بالشراء ولم يعز الأخيرين.

قُلتُ: ونقل اللخمي رواية ابن نافع بزيادة ويحلف إن اتهم.

قُلتُ: ففي كونها للمأمور أو للآمر، ثالثها: إن أشهد أن الشراء له، ورابعها: إن كان الآمر بالبلد وإلا فهي له لابن زرقون عن رواية ابن نافع، وعيسى عن ابن القاسم، وابن الماجِشُون عن مُطَرِّف، وخامسها: بعد حلفه أنه إنما اشتراها لنفسه ولو قبض الثمن، وسادسها: إن لم يدفعه له الآمر فهي له لابن رُشْد عن رواية السبائي وغيرها، وسابعها: بعد حلفه إن اتهم للخمي عن رواية ابن نافع.

ويجوز توكيل أكثر من واحد على غير الخصام.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: ولأحد الوكيلين الاستبداد ما لم يشترط

خلافه.

ابن عبد السلام: يعني أن أمر الوكيلين مخالف للوصيين، فإنه لا يجوز لأحدهما الاستبداد ونحوه لابن هارون.

قُلتُ: لا أعرف هذا لغيرهم، وظاهر المدَوَّنة: خلافه في التخيير والتمليك منها ما نصه: لو أن رجلًا أمر رجلين يشتريان له سلعة أو يبيعانها له فباع أحدهما أو اشترى أن ذلك غير لازم للموكل في قول مالك.

وفي زاهي ابن شعبان: من وكل رجلين كل واحد على الانفراد يزوج ابنته فزوجاها جميعًا كان ذلك كالأب والوكيل، ولو وكلها معا فزوج كل واحد منهما بطل النكاح.

قُلتُ: فظاهره إن وكلها في عقد واحد لم يستغل أحدهما، وإن كانا منفردين استغل كل واحد منهما.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن مات أحد وكيلين على تقاضٍ لم يتقاض الباقي دون إذن القاضي، وأحببت له أن يغرم معه ثقة مأمونا من أهل بلد الموكل يتقاضى معه إن خاف تلف الدين، وإن قرب منه ربه استوثق الباقي من الغرماء حتى يأتي منه توكيل جديد.

ابن رُشْد: هذه مسألة حسنة.

اللخمي: والوكالة بإجارة تلزم بالعقد.

ابن رُشْد: بأجر وأجل معلومين وعمل معروف، وفي الجعل عليه على إن أفلح فله كذا وإلا فلا شيء له قولاها في كتاب الجعل.

اللخمي: في لزومه لهما بالعقد أو للجاعل فقط، ثالثها: هما بالخيار ما لم يشرع العامل في العمل والعامل بالخيار ولو شرع.

وفيها: إن باع الوكيل السلعة، وقال: بذلك أمرني ربها، وقال ربها: بل أمرتك أن ترهنها، صدق ربها ولو فاتت؛ يريد: ويحلف ويأخذها إن كانت قائمةً؛ لأن فرض المسألة أن الآمر ثابتٌ ملكه لها وحق المشتري إنما هو متعلقٌ بدعوى الوكالة، فإن نكل فقال ابن عبد السلام: حلف الوكيل إن لم يقر المشتري أنه وكيلٌ.

قُلتُ: التحقيق هذا إن كان عدم إقراره بذلك بمعنى أنه لا علم عنده من صدق بائعه في دعواه وكالة ربها ولا كذبه، وإن كان بمعنى علمه كذبه كان لربها أخذها، ولا يحلف الوكيل؛ لأنه يحلف ليثبت حقا لمن يقر بنفيه، قال: وإن علم أنه وكيل حلف المشتري.

قُلتُ:ظاهره لغو حلف الوكيل، وفيه نظر والصواب أن يحلف أولا الوكيل؛ لأنه المباشر لعقد التوكيل وله حقٌّ في عدم في عدم نقض فعله الذي فعله لمن لا يقر ببطلانه، فإن نكل الوكيل حلف المشتري، فإن فاتت السلعة فإن كانت قيمتها كالثمن فأقل أخذها ولم يحلف، وإلا فبعد حلفه إن أخذها.

وقال ابن عبد السلام: إن فاتت حلف مالكها ما أمره أن يبيعها ويغرمه الأكثر من الثمن أو القيمة.

قُلتُ: هذا يقتضي تحليفه مع أخذه الثمن وهو وهم؛ لأن أخذ الثمن ملزوم لإمضائه فعل الوكيل فلا موجب لحلفه، وإن نكل ربها حلف الوكيل إن كانت قيمتها أكثر من الثمن وإلا فلا، وفوت السلعة كفوتها في الاستحقاق، وإن جهل فوتها ولم يعلم إلا قول مشتريها احلف أن حقي ربها أنه حجرها وإن اتهمه فعلى أيمان التهم.

اللخمي عن ابن القاسم: من باع سلعة بعشرة قائلًا بوكالة ربها، فقال: إنما بعثها باثني عشر قبل قوله: بيمينه.

أَصْبَغ: يحلف أنها باعها منه ويأخذها أو قيمتها إن فاتت ما لم تفصل ما قاله من الثمن؛ يريد: بعد حلف بائعها ما اشتراها إن حلفا ردت، وإن نكل الوكيل وباعها بعشرة وثمن دعوى ربها اثني عشر غرم دينارين لربها، وإن نكل ربها أخذ عشرة فقط، وإن نكلا وقيمتها أحد عشر غرم الوكيل دينارًا فقط فاتت وحلفا فكذلك، فإن نكل الوكيل غرم دينارين، فإن نكل ربها أخذ عشرة فقط، والقول في ضمانها إن تلفت قول الوكيل يغرم قيمتها كذلك ما لم تنقص عن عشرة أو تزيد على اثني عشر وردها لبائعها مع ملزومية قوليها صحة بيعها لاختلافها في تقرر عهدة مشتريها على الوكيل إذ قد يكون ربها عديمًا، وأشار إليه المازري: ومن باع بعشرة ما وكل على بيعه ببينة باثني

عشر ولم يفت فلربه أخذه، وفي تخييره في إمضائه بإغرامه المأمور الزائد قول ابن القاسم، ونقل اللخمي بناء على أنه ملتزم الزائد بتعديه أولا، وصوبه اللخمي وقال: إن أحلف أنه لم يلتزمه فحسن.

ولو فات ففي لزومه الأكثر من الاثني عشر أو القيمة أو هي فقط قولان، على قول ابن القاسم وغيره، وفي إلزام البائع رِضى المشتري أخذها بغرم الزائد، نقلاه وصوب إلزامه إن كان ذلك قبل علم البائع بتعديه محتجًا ببقاء وكالته؛ لأنه لو رد بيع التعدي كان له بيعه بما أمر به.

قُلتُ: فمقتضى أصل التخيير في سقوط ما بيد المخير باختيارها غير ما جعل لها سقوط وكالته علي بيعه، وعزى الشَّيخ في النوادر الأول لأشهب، والثاني لابن القاسم وإياه استحب محمد ومثله في تهذيب الطالب.

قال: والفرق بين هذه ومسألة المتبايعين يختلفان في الثمن والسلعة قائمة أن للمشتري قبل الفسخ الآخذ بما قال البائع أن المتبايعين مقران بالبيع واستقراره.

وفي مسألة الوكيل بيعه غير مستقر لتعديه وإن لم تكن بينة وأقر المأمور بالتعدي لم يصدق على المشتري.

وروى محمد: ويغرم للآمر الزائد ولو كان عديمًا ولا شيء على المشتري.

اللخمي: يريد: إن لم يحلف الآمر فإن حلف أخذ سلعته، فإن فاتت غرم المشتري تمام القيمة إن فضلت العشرة، فإن نكل مضت بالعشرة ولا يمين على المشتري إذ لا علم عنده، وحلف البائع له لتهمته فلا تنقلب ولا ترجع على الوكيل؛ لأنه إذا خلص المقال بين الآمر والمأمور كان القول قول المأمور، فإن نكل حلف الآمر واستحق، فإن نكل فلا شيء له وقد نكل عنها، وإن بان المشتري بها فالقول قول المأمور، فإن نكل حلف الآمر واستحق، فإن نكل فلا شيء له، وقيل: يتحالفان إن كانت القيمة إحدى عشرة ويغرم المأمور ديناران؛ لأن اختلافها كالمتبايعين، وقد قال أشهب: إن فاتت تحالفا وردت القيمة وإن أتى الآمر بما لا يشبه وأتى المأمور بما يشبه والسلعة قائمة، فعلى قول مالك: القول قول البائع يكون القول قول الآمر مع يمينه ويرد البيع، وبه

أخذ ابن القاسم، وقال مرة: لا يقبل قوله وهو أحسن؛ لأن ذلك دليل كشاهد للمأمور والمشتري على صدق المأمور، فإن فاتت فالقول قول المأمور مع يمينه ولا يغرم المشتري إلا ما حلف عليه المأمور، فإن غاب المشتري حلف المأمور وبرئ، فإن نكل والقيمة أكثر مما باع به غرم تمام القيمة.

وفيها لمالك: من باع جارية وكل على بيعها دون تسمية ثمنها بخمسة دينار وهي ذات ثمن كثير ردت، فإن فاتت غرم قيمتها ولو باعها بعشرة، وقال بها أمرت، وقال: ربها بل باثني عشر أمرتك حلف وأخذها، فإن فاتت حلف المأمور ولا شيء عليه.

ابن القاسم: يريد مالك: إذا كان ما باع به غير مستنكرٍ.

وابن حارث: إن حلف الآمر ففي حلف المأمور قولا أَصْبَغ وابن القاسم قائلًا: فإن نكل الآمر فلا شيء له.

محمد: وعلى قول أَصْبَغ يحلف المأمور.

قُلتُ: ظاهره إن حلف المأمور إنما هو حق للآمر.

وقال التونسي: إن أخذ الآمر سلعته بحلفه فأراد المشتري تحليف المأمور أنه لم يتحمل عنه الزائد، فقال أَصْبَغ: يحلفه، وأباه محمد إلا إن عقد دعوى ذلك عليه.

الصقلي عن محمد: إن نكل الآمر أخذ عشرة دون يمين.

ابن ميسر: إن نكل حلف المأمور ومضى البيع بعشرة.

الصقلي: يريد إن نكل غرم دينارين.

المازري: ظاهر المذهب سقوط حلف الوكيل لنكول موكله.

وفي كون سقوطه؛ لأن يمينه لا نفع له فيها أو لا غرم عليه بدفعه بها ضرورة قيام السلعة وتمكن ربها من أخذها ولا تجلب له نفعًا، أو لأنه لا نفع له بها إذ لا دفع غرمه لموكله الزائد، وغرمه لا يلزمه بمجرد نكوله بل حتى يحلف الآمر وهو قد نكل عنها.

عياض: قال ابن القاسم في تفسير يحيى: وفوات السلعة هنا ذهاب العين ولا يفيتها نقص ولا نماء ولا عتق ولا غيره، ومثله في الوكالات، وفي سماع عيسى يفيتها اختلاف الأسواق.

قُلتُ: لم يعز عبد الحق في تهذيب الطالب الأول إلا للأبياني.

وفيها: إن باع المأمور سلعة بطعام أو عرض نقدًا، وقال به أمرني وأنكر الآمر، فإن كانت مما لا تباع بذلك ضمن، قال غيره: إن كانت قائمة لم يضمن وخير الآمر في الرد والإمضاء، فإن فاتت خير في أخذ ما بيعت به وتضمين الوكيل قيمتها.

عياض: قول الغير وفاقٌ وانظر إن كان المأمور لم يعلم المشتري أنها لغيره واحتاج لإثبات ذلك والخصام فيه هل هو فوت؟ والأشبه أنه فوتٌ، وكذا لو أثبت ولزمته اليمين.

[كتاب الإقرار]

الإقرار: لم يعرفوه وكأنه عندهم بديهي ومن أنصف لم يدع بداهته؛ لأن مقتضى حال مدعيها أنه قول يوجب حقا على قائله والأظهر أنه نظري، فيعرف بأنه خبرٌ يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه(1)، فيدخل إقرار الوكيل وتخرج

(1) قال الرَّصاع: الإقرار في اللغة هو الاعتراف، ويقال: قرره فأقر إذا حمله على الإقرار وحقيقته العرفية.

قال الشَّيخ ﷺ: لم يعرفوه وكأنه عندهم بديهي ومن أنصف لم يدع بداهته؛ لأن مقتضى حال مدعيها أنه (قول يوجب حقا على قائله) ولا شك فيما ذكر الشَّيخ ﷺ، وإن تصور ماهيته العرفية ليست ضرورية، فإن كثيرًا من مسائله يتردد فيها هل هي من باب الإقرار أم لا؟ كما تقدم للشيخ في الصلاة في سجود التلاوة، وقد قدمنا الآن أنه إذا قال: أقر عني بمائة هل هو إقرار أو وكالة فلو كان الإقرار ضروري التصور لما وقع الشك في تصور فرد من مصدوقاته، وما أثمره حاله مدعي الضرورة كما ذكر الشَّيخ إنما أوجب له تصور أمر عام والنزاع في مسماه العرفي الخاص به عرفا.

ثم قال ﷺ: والحق أنه نظري فيعرف بأنه (خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه).

قوله: (خبر) جنس، ولا يدخل فيه الإنشاء؛ لأنه قسيمه؛ لأن الإنشاء يقع به مدلوله والخبر يتبع مدلوله.

قال الشَّيخ: وتخرج الإنشاءات كبعت، واشتريت ونطق الكافر بالشهادتين أشار إلى أن هذه ليست أخبارًا فلا تدخل في الحد وفي جنسه، ثم قال: ولازمهما أي نطق بها يستلزم التزام الشهادتين.

(قُلتُ): أما خروج الإنشاءات فظاهر، وأما النطق بالشهادة فظاهر أنه إنشاء وما المانع أن يكون ذلك خبرًا، كما قيل: في الله أكبر وما شابه ذلك.

قوله: الإخبار عنها ظاهر أنه إقرار فتأمله ويدخل فيه الشهادة والرواية وغير ذلك.

قوله: (يوجب حكم صدقه على قائله فقط) أخرج به الرواية والشهادة؛ لأنه إذا قال: الصلاة واجبة فذلك خبر أوجب حكم صدقه على مخبره وغيره، وإذا شهد على رجل بحق فإنه خبر أوجب حكم صدقه على غيره فقط، وإذا قال: في ذمتي دينار فهو خبر أوجب حكم صدقه على المخبر وحده وهو معنى قوله فقط، وقد قدمنا معنى هذه اللفظة مرارًا، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ ربما أوهم عند سائل ما يورد على حده بإخبار القائل زيد زان، فإنه يصدق عليه أنه خبر يوجب حكم إلى آخره فيلزم أن يكون هذا إقرارًا فأجاب بأنه ليس الحد بصادق عليه لقولنا حكم صدقه، وهذا أوجب حكمًا على قائله فقط؛ لكن ذلك ليس حكم ما اقتضاه الصدق؛ لأن ما اقتضاه الصدق جلد مائة على غيره، والحكم المرتب على هذا ثمانون إن لم يكن صادقًا هذا كان يمر في فهمه وعندي في ذلك نظر.

الإنشاءات كبعت وطلقت ونطق الكافر بالشهادتين ولازمهما لا الإخبار عنها ككنت بعت وطلقت وأسلمت ونحو ذلك، والرواية والشهادة، وقوله: زيدٌ زانٍ؛ لأنه وإن أوجب حكمًا على قائله فقط، فليس هو حكم مقتضى صدقه.

[باب المقر]

والحجر العام مع الصبا يلغيه مطلقًا، ودونه كالسفيه البالغ مثله في المال، وجناية الخطأ؛ لأنه مال، وفي جراح العمد وقتله معتبر، وإقرار المراهق كطلاقه، وقد تقدم الشَّيخ عن ابن عبد الحكم من أذن لابنه الصغير أو يتيمه في التجرِ فأقر بدين بطل، والحجر الخاص كالمفلس يلقيه في متعلق حجره فقط[1].

المازري: وإقرار السكران كبيعه، وحجر الرق يلغيه في المال لا في البدن.

في جنايتها: إن أقر العبدُ بما يلزمه في جسده من قطع أو قتل أو غيره صدق فيه، وما آل إلى غرم سيده لم يقبل إقراره، فإن أقر أنه وطئ حرة أو أمة غصبًا لم يصدق إلا أن تأتي وهي مستغيثة متعلقةً به تدمي إن كانت بكرًا أو إن كانت ثيبًا مستغيثة متعلقة به صدق، وكذا إن أقر بقطع أصبع صبي فإن أدرك الصبي متعلقًا به أصبعه تدمي صدق.

الشَّيخ عن ابن سَحنون: قال مالك وأصحابه: إقرار المأذون له من عبد أو مدبرٍ أو أم ولد بدين أو وديعة أو عارية أو غصب لازمٌ.

ابن ميسر: وكذا بقراض لم يستنكر وإقراره لسيده وقد أحاط به دينه لغو، وكذا بجرح حر عمدًا إذ لا قصاص فيه.

ويجوز بقتله عمدًا إن لم يستحيه الولي، فإن استحياه بطل.

محمد: ويضرب مائةً ويسجن عامًا.

---

[1] قال الرَّصاع: الشَّيخ رحمه الله لم يذكر له رسمًا ولا ضابطًا كعادته، وكذلك ابن الحاجب وما ذاك إلا لصعوبة ضبطه في رسم؛ لأن الحجر العام مع الصبا يلغيه مطلقًا ومن لا حجر عليه وكان سفيهًا بالغا يصح إقراره في البدن، وحجر المفلس يبطله في متعلق حجره فقط وحجر الرق يلغيه في المال لا البدن، وإقرار المريض يجوز لمن لا يتهم عليه فأنت ترى كثرة الشروط واختلاف محالها، والله الموفق.

سَحنون: وإقراره بجرح العمد في العبيد لازم، وكذا قتلهم ما لم يستحيه سيد القتيل.

وإقراره إن نقصت عن نصاب القطع كالمال، وإقرار غير المأذون له فيما يحد فيه أو يقطع لازمٌ ولا يغرم السرقة، فإن كانت قائمة فسيده أحق بها إن ادعاها.

ولو أقر بقتل حر عمدًا فعفا أحد وليبه سقط إقراره ولو كان بعد الحكم بالقود.

ابن ميسر: إن لم يسقط عنه سيده ما أقر به من دين حتى عتق لزمه، وكذا اللقطة يقر بإتلافها بعد السنة، وأما قبل السنة فلا تلزمه مطلقًا.

وإقرار المكاتب في الموازيَّة، وكتاب ابن سَحنون: جائز ببيع أو دين أو وديعة أو عارية أو بدار في يده بكراء لمسلم أو كافر حر أو عبد، ولو أحاط ما أقر به من دين بما في يده.

وقال ابن عبد الحَكم: مثله في إقراره بالدين والبيع.

قال: وإقراره بوديعة لا يحكم بها عليه فيها إلا أن يعتق وهي في يده، فإن تلفت فلا شيء عليه، ولا يلزمه إقراره بالعارية إلا أن يعتق وهي في يده، فإن تلفت قبل عتقه فلا شيء عليه فيها، ولا يلزمه إقراره بالعارية إلا أن يعتق فتؤخذ منه، وإن عجز أخذها سيده.

وإقراره بغصب أو جناية في غير بدنه لغوٌ، وقاله محمد في الغصب والجناية ونحوه لكتاب ابن سَحنون.

وإقرار المريض في المقدمات: إقراره بدين عليه ولا دين جائز لمن لا يتهم عليه كأجنبي وله ولد وساقط إن اتهم كإقراره لصديق ملاطف وورثته كلالة.

وتحصيل إقرار الزوج لزوجه بدين في مرضه على منهاج قول مالك وأصحابه أنه إن علم ميله لها وصبابته بها سقط إقراره لها، وإن علم بغضه لها وشنئانه لها صح لها إقراره، وإن جهل حاله معها سقط إقراره لها إن ورث بكلالة، وإن ورث بولد غير ذكر وعصبة والولد بنت واحدة أو أكثر صغارًا أو كبارًا منها.

قُلتُ: في صحة إقراره لها قولان من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك

ابنة وعصبة، فإن كن صغارًا منها لم يجز إقراره لها اتفاقًا.

وإن كان الولد ذكرًا واحدًا جاز إقراره صغيرًا كان أو كبيرًا منها أو من غيرها، وإن كان الولد ذكورًا عددًا جاز إقراره لها إلا أن يكون بعضهم صغيرًا منها وبعضهم كبيرًا منها أو من غيرها فلا يجوز، فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لها عاقًا له لم ترتفع تهمته، وبطل إقراره على ما في سماع أَصْبَغ وإحدى الروايتين فيها، وإن كان بعضهم عاقًا وبعضهم بارًا تخرج على الخلاف في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة وإقرار الزوجة لزوجها كإقراره لها.

قُلتُ: ومثله قال في آخر مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب التفليس.

وقال في ثاني مسألة: من رسم ليرفعن أمرًا من السماع المذكور، وإقرار من سوى الزوجين لصاحبه بدين في المرض فلا يخلو من أربعة أوجه: الأول: إقراره لوارث قريب منه كسائر الورثة كأحد أولاده أو إخوته أو بني عمه أو أقرب من سائرهم كإقراره لابنته، وله عصبة أو لأخ شقيق وله أخ لأم أو لأمه وله أخ شقيق أو لأب أو لأم أو عم أو ابن عم ساقط اتفاقًا.

قال في الموازيَّة: إن لم يكن لذلك سبب يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعًا، قبل إلا أن يكون المقر له عاقًا، ومن لم يقر له بارًا به فإقراره جائز كالزوجة يقر لها وقد عرف البغض والشنئان منه لها، وقيل: لا يجوز بخلاف الزوجة على اختلاف الرواية في المدَوَّنة.

وإن أقر لوارث أبعد ممن لم يقر له من الورثة كإقراره لعصبته وله ابنة أو لأخ لأم وله أخ شقيق أو لأخ شقيق أو لأب أو لأم وله أم جاز إقراره اتفاقًا.

وإن كان من لم يقر له من ورثته بعضهم أقرب إليه من المقر له بمنزلته وبعضهم أبعد منه كإقراره لأمه وله ابنة وأخ ففي جوازه قولان، بناء على نفي التهمة باعتبار حال الأقرب وثبوتها باعتبار حال الأبعد والمساوي.

قُلتُ: هي فيه أضعف فلو قيل: بالتفريق لحسن.

الثاني: إقراره لقريب غير وارث أو صديق ملاطف في جوازه مطلقًا، أو إن ورث

بولد قولان وهما قائمان منها على اختلاف الرواية في كتاب الكفالة منها، وقيل: إن ورث بولد جاز إقراره من رأس ماله، وإن ورث بكلالة فمن الثلث.

الثالث: بأن يقر لأجنبي وهو جائزٌ اتفاقًا، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللقطة بعد التعريف على ما قاله في رسم اغتسل من هذا الكتاب وكتاب الوصايا.

الرابع: أن يقر لمجهول فإن ورث بولد جاز من رأس ماله أوصى أن يتصدق به عنهم أو يوقف لهم، فإن ورث بكلالة ففي كونه من الثلث مطلقًا أو من رأس المال إن قل، وإن كثر بطل، ثالثها: إن أوصى بوقفه حتى يأتيه طالب جاز من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق به عنهم بطل مطلقًا للقائم من كتاب المكاتب، وأول سماع عيسى من الوصايا وسماع عيسى من هذا الكتاب.

وفي زاهي ابن شعبان: لو أقر لوارث عند موته فلم يهلك حتى ولد له ولد يحجبه عن الميراث صح إقراره، فإن هلك الولد فعاد وارثا بعد، تم الإقرار إذا ثبت مرة لم يبطل له إلا بالخروج منه.

قُلتُ: الأظهر أنه إن علم المقر بحدوث من يحجب المقر له أن الإقرار صحيح وإن لم يعلم به لم يصح، وللشيخ عن كتاب ابن سَحنون من أقر في مرضه لوارث فمات قبل المقر وورثه من لا يرث المقر صح إقراره.

وفي التفليس منها: ومن أقر في مرضه لأجنبي بمائة ولم يترك إلا مائة تحاصا فيها، فما صار للأجنبي أخذه، وما صار للولد دخل فيه بقية الورثة إلا أن يجيزوه له، ولا حجة للأجنبي أنه أقر لوارث؛ لأنه هو إنما أخذه بإقراره.

الشَّيخ: عن ابن سَحنون: قال أشهب: إن أقر مريض بدين لرجلين أحدهما وارثه، ثم مات سقط إقراره له وللأجنبي؛ لأنه كلما أخذ الأجنبي شيئًا شركه فيه الوارث وكلما أخذ الورثة من الوارث شيئًا من ذلك رجع على الأجنبي أبدًا حتى لا يبقى شيء كمن أعتق عبدًا وعليه دين قبل عتقه اذان دينًا بعد عتقه وقيمته مثل الدينين فلا يعتق منه شيء إذ لو بيع منه بقدر الدين السابق دخل فيه الدين اللاحق.

وقال ابن عبد الحكم: إن قال غير الأجنبي ما بيني وبين الوارث شركة أعطى النصف ولم يقبل عليه قول الوارث أنه شريكه، وإن قال: أنا شريكه فقد قال بعض

أصحابنا: فذكر قول أشهب الذي ذكر ابن سَحنون.

قال ابن عبد الحَكم: إن قال لأجنبي أنا شريك له في المال، وقال الوارث: لست شريكه بطل الإقرار، وإن قالا لا شركة بيننا أخذ الأجنبي حصتة بعد يمينه على ذلك، قال: وقال ابن القاسم فذكر قوله في المدَوَّنة، قال: وقاله مالك.

قُلتُ: ونصها في نوازل ابن سَحنون من العتبيَّة: من أقر في مرضه بدين لأجنبي وأقر لابنه بدين إن كان ما لهما واحدًا فاقتسماه رجع الورثة على الابن فأخذوا منه، ويرجع الابن على صاحب الدين يقول قد استحق مني حقي فيرجع عليه كذلك حتى ينقلب بغير شيء، وإن كان المال مفترقًا أخذ كل واحد منهما ماله.

ابن رُشْد: مثاله: أن يترك الميت مائة دينار وقد أقر في مرضه لأحد ابنيه بمائة دينار، ولأجنبي بمائة دينار، فكلما أخذ الابن المقر له شيئًا أخذ أخوه منه نصفه، وكلما أخذها منه رجع بنصفه على الأجنبي حتى ينقلب الأجنبي بغير شيء فيئول الأمر إلى بطلان إقراره للأجنبي، هذا مذهب أشهب.

وقال التونسي: مذهب أشهب إنما هو أن يرجع الابن المقر له على الأجنبي المقر له على الأجنبي بنصف ما أخذ منه الورثة مما صار له في المحاصة لا بنصف ما صار له في المحاصة.

قال: فقوله ثم يتراجعون حتى لا يبقى بيد الأجنبي شيء لا يصح؛ بل يبقى بيد الأجنبي كثير.

بيانه أن الابن غير المقر له يرجع على الابن المقر له بخمسة وعشرين من الخمسين التي أخذ في المحاصة، فيرجع المقر له على الأجنبي بنصف الخمسة والعشرين التي أخذها منه أخوه، فيرجع عليه أخوه فيأخذ منه نصفها اثنتي عشر ونصفا ويرجع هو على الأجنبي بنصف الثلاثة، ثم يرجع عليه أخوه بنصف نصف ثلاثة وثمن، فيرجع هو على الأجنبي بنصف ذلك فيبقى بيده كثير على ما قاله.

وقول ابن القاسم في المدَوَّنة: أن لا رجوع للوارث على الأجنبي بما رجع به الورثة عليه أظهر من قول أشهب وسَحنون هنا.

وإن وفى ما تركه الميت من المال بما أقر به لهما جميعًا أخذ كل منهما ما أقر له به، فإن

شاء الورثة أقروا ذلك للوارث وأخذوه منه، فيكون ميراثًا لجميعهم، وهذا معنى قوله: إن كان المال مفترقًا أخذ كل واحد منهما ما له، ولا خلاف في هذا الوجه.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة قولا ابن القاسم، وسَحنون، وتفسير التونسي قول أشهب بغير قول سَحنون، وتفسيره بما ذكر يرد نقلًا بأنه خلاف قول أشهب لتشبيهه بعتق المدين بالدينين السابق واللاحق، ونظرا بأن ما أخذه الوارث المقر له في مقاسمة أخيه إنما أخذها بالإرث لا بالإقرار، ورجوعه على الأجنبي إنما هو بحقه في الإقرار وهو لم يبق بيده منه شيء.

وللشيخ عن كتاب ابن سَحنون: قال أشهب: إن أقر مريض له دين على وارث بكفيل أجنبي أنه قبضه من وارثه أو كفيله لم يصدق، ولو كان الدين على الأجنبي والوارث كفيله فأقر بقبضه من الأجنبي فهو كالأول، وأنكره سَحنون، وقال: لو أوصى به للأجنبي جاز في ثلثه فكيف بهذا.

ابن سَحنون: إن كان الأجنبي مليًا فكما قال سَحنون، وإلا فإقراره باطل؛ لأنه لم يقع لوارثه، أشهب: إن أبطلنا إقراره فقال الكفيل برئت من الحمالة إذ لست بوارث لم يبرأ منها حتى يسقط الدين كما لو أوصى بالدين لوارثه.

ابن المواز: إن أسقط المريض حمالة أجنبي بدين على وارثه جاز إن كان الوارث مليًا أو معدمًا، وكذا إن أقر أنه قبض حقه من وارثه سقطت حمالة الأجنبي.

ابن عبد الحَكم: إن حمل الثلث المال فالأولى يسقط الحق عن الوارث.

محمد: ولو أقر أنه استوفى الحق من الحميل الأجنبي جاز وسقط حقه عن الوارث والأجنبي وصار ما على الوارث وللأجنبي كما لو أوصى به من ثلثه والإقرار له به من رأس ماله.

سَحنون: لو كان له دين على وارث وأجنبي كل منهما كفيل بصاحبه، فإقراره بقبض ذلك منهما باطل كإقراره لهما بدين، هذا قول أشهب.

وقال ابن القاسم: يجوز في إقراره بحصة الأجنبي فقط، ويغرم الوارث حصته، فإن كان عديمًا وداه عنه الأجنبي، ورجع به عليه المقر له.

[باب المقر له]

المازري: من يصح ملكه لا من يمتنع كالحجر[1].

قُلتُ: فيصح للعبد لصحة ملكه.

الشَّيخ عن ابن سَحنون وابن عبد الحَكم: إقرار الحر لمكاتب أو عبد لازم.

ابن عبد الحَكم: ولسيد العبد غير المأذون له أخذ ما أقر له به بخلاف المكاتب والمأذون له، وما أقر به لمجنون أخذه وليه أو السلطان إن لم يكن له ولي.

المازري: والإقرار لحملٍ إن قيده بما يصح كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أوصى له بها أو ميراثٍ صح، وإن قيده بما يمتنع بطل كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملةٍ عاملني بها، فقال سَحنون: يلزمه وتقييده بما ذكر ندم.

وفي لزوم طلاق من قال: أنت طالق إن شاء هذا الحجر خلافٌ.

قُلتُ: وكقوله وطئتها بملك أو نكاح فيمن لم يثبت له ذلك عليها، وإن لم يقيده بشيء وتعذر استفساره فذكر ابن سَحنون وابن عبد الحَكم لزومه، وقال محمد: من قال لك: علي مائة دينار أو على فلان لم يلزمه شيء؛ لأنه شك في عمارة ذمته والأصل البراءة، ولو قال: علي أو على هذا الطفل وهو ابن شهر لزمه؛ لأن ابن شهر لا يصح أن يملك ولا يكتسب كقوله علي أو على هذا الحجر.

قال المازري: فجعل ابن شهر كالحجر فأحرى أن يكون الحمل، كذلك فيسقط إقراره للحمل المطلق دون قيد كما يسقط في إقراره للحجر؛ لأن ابن شهر ممن لا يصح أن يملك ولا يكتسب.

قُلتُ: هذا التخريج وإن قبله ابن عبد السلام إنما يصح إذا ثبت أن قوله؛ لأن ابن

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من يصح ملكه) لا شك أن العبد يصح ملكه فلو اعترف لدابة فليس بمقر لها شرعًا، ولو اعترف بحمل صح أن يبين سبب الملك، وقول الشَّيخ: لا من يمتنع هذا الكلام لم تظهر ثمرة زيادته ولا قوة معناه.

قالوا: المقر بالحمل على ثلاثة أوجه إن بين ما يصح عمل عليه وإن بين ما لا يصح بطل، وإن تعذر تفسيره ففيه كلام يطول جلبه، والله أعلم.

شهر لا يصح أن يملك ولا يكتسب من كلام محمد وليس بثابت في كلامه، ونصه في النوادر: إن كان الصبي ابن شهر لزمته العشرة وحده، كقوله علي أو على هذا الحجر ولا يتم تخريجه إلا على أن تشبيه محمد ابن شهر بالحجر إنما هو في امتناع نسبة الملك إليهما حسبما صرح به المازري بلفظ يوهم أنه من لفظ محمد، ولا يتعين ذلك لجواز كون تشبيهه به إنما هو في امتناع اتصافهما بموجب عمارة ذمتهما؛ ولذا نص محمد علي أنه لو قال: علي أو على فلان الصبي الذي ليس بابن شهر أن ذلك لا يلزمه، فسوى بينه وبين الكبير؛ لأن الصبي الذي سنه فوق شهر يصح أن يتصف بما يوجب غرمه وهو جنايته على المال مطلقًا وعلى الدماء فيما قصر عن ثلث الدية بخلاف ابن شهر؛ لأن فعله كالعجماء حسبما تقرر في أول كتاب الغصب فتأمله.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: من أقر لحمل بكذا من كراء هذه الدار أو غلة هذا الجنان لزمه ذلك إذا ولد حيًّا ودفعه لأبيه أو وصيه.

ابن سَحنون: من أقر بشيء لحمل فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من قوله لزمه له وإن قال وهبت ذلك؟ أو تصدقت أو أوصى له به أخذ منه ما قال، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وزوجها مرسل عليها لم يلزمه ما ذكر من عطية ووصية، وإن كان معزولًا عنها فقد قيل: يجوز الإقرار إن وضعته لما تلد له النساء وذلك أربع سنين وما ولدته ميتًا بطل الإقرار له.

ولما ذكر المازري: ما يدل على وجود الحمل يوم الإقرار وهو وضعه لأقل من ستة أشهر وما يدل علي عدمه وهو وضعه لأكثر من أربع سنين من يوم الإقرار.

قال: وإن وضعته لما بين هذين الوقتين وليست بذات زوج ولا سيد يطأها حمل على أن الولد كان مخلوقًا إذ لا تحل إضافته للزنى.

وتعقب ابن عبد السلام: جعل ابن الحاجب وضعه لستة أشهر كوضعه لأقل منها لا كوضعه لأكثر منها بأنه خلاف المذهب قائلًا حكم الستة الأشهر في ذلك حكم ما زاد عليها اتفاقًا، وإنما تبع فيه ابن شاس من غير تأمل صوابٌ، ومثله لابن هارون إلا أن لابن شاس وابن الحاجب في ذلك عذرًا، وهي أول مسألة من كتاب أمهات الأولاد

قال فيها ما نصه: قلت: أرأيت إن أقر رجل بوطء أمة فجاءت بولد أيلزمه؟

قال: قال مالك: يلزمه إلا أن يدعي استبراءً يقول حاضت حيضةً فلم أطأها بعدها حتى ظهر هذا الحمل فليس هو مني فلا يلزمه إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر بعد الاستبراء، فنقلها القرافي في ذخيرته ولم يتعقبها، وعياض لم يقيدها، وقيدها الصقلي فقال: بإثر قولها لأكثر من ستة أشهر.

قال سَحنون في كتاب ابنه: أو بستة أشهرٍ فالتعقب عليهما في لفظهما بما هو نص في المدَوَّنة: هو أخف من التعقب عليهما في لفظ هو من قبل أنفسهما، وتقدم أن بعضهم يرى في هذا النوع أن التعقب إنما هو على قائل اللفظ أولا حسبما ذكره عياض في تعريفه بأبي سعيد وأنه بمنجاة مما تعقبه عليه.

عبد الحق: قال: لأنه تابع لأبي محمد في مختصره، والحق أنه وارد عليهما معا، وفي تقييدها الصقلي بقول سَحنون في كتاب ابنه دون تقييدها بقوله في العتق الثاني قصور.

فيها: من أعتق ما في بطن أمته ولها زوج ولا يعلم بها حمل يوم عتقه فلا يعتق إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم العتق كالمواريث إذا مات رجل فولدت أمه من غير أبيه بعد موته ولدًا إن وضعته لستة أشهر من يوم موته لم يرثه وإن كان لأقل ورث، ونحوه في أمهات الأولاد وغير موضع منها.

ابن سَحنون: إن وضع الحمل توأمين فالإقرار بينهما بالسوية، وإن وضعت أحدهما ميتًا استقل به الحي، وكذا الوصية له والهبة والصدقة، ولو وضعته حيًا ثم مات ورث حظه عنه.

وإن كان إقراره لأبى الحمل ووضعته ذكرًا وأنثى فهي لهما على إرثهما.

ابن عبد الحَكم: وإن أقر بذلك لهما عن أخ لهما شقيق أو لأب فهو بينهما نصفين، وقيل: يقسم على ثلاثة للذكر جزء وللأنثى جزء والثالث يدعيه الذكر كله والأنثى نصفه، وسلمت نصفه للذكر فيقسم النصف بينهما لتداعيهما فيه فيقسم المال على اثني عشر للذكر سبعة وللأنثى خمسة وبالأول أقول.

وقول ابن شاس وابن الحاجب: لو أكذب المقر له المقر بطل ولا رجوع له إلا بإقرار ثان، هو نقل الشَّيخ عن سَحنون إن قال لك: علي ألف، فقال الآخر: مالي عليك

شيء، ثم رجع فقال: هي لي عليك فأنكرها المقر، فالمقر مصدق ولا شيء للطالب، ولو قال الطالب: ما أعلم لي عليك شيئًا، ثم قال: نعم هي لي عليك فأنكر المقر لم ينفعه إنكاره ولزمه إقراره فإن أعاد المقر الإقرار، فقال: المقر له أجل هي لي عليك أخذ بإقراره.

ومن قال لرجل: أسلفتك كذا فأنكر، ثم رجع الأول فقال: ما أسلفتك فليحلف أني ما أسلفتك شيئًا ولا يلزمه أخذ شيء.

وفي كتاب ابن سَحنون: إن أقر مريض بعبد في يده لفلان، فقال فلان: بل هو لابن المريض ثم مات المريض فإقراره باطل، ولو قال: المقر له بالعبد إنه حر الأصل أو أقر أنه أعتقه ولا مال للمريض غيره جاز إقراره والعبد حر بخلاف أنه لابن المريض، وكذا لو قال: هو مدبر أو مكاتب أو هي أم ولد في الأمة، وفي صيرورة الخبر أو الشهادة إقرار بانتقال الملك اضطراب في ثاني عتقها إن شهد رجلان على رجل بعتق عبده فردت شهادتهما، ثم اشتراه أحدهما عتق عليه.

قال أشهب: إن أقام على قوله بعد الشراء وإن قال كنت كاذبًا لم يعتق عليه.

وفي الولاء منها: من شهد على رجل أنه أعتق عبده فردت شهادته ثم ابتاعه منه أو شهد بعد موت أبيه أنه أعتق عبده في وصيته، ثم ورثه عنه بأسره أو أقر بعد إن اشترى عبدا أنه حر أو شهد أن البائع أعتقه والبائع ينكر، أو قال: كنت بعت عبدي هذا من فلان فأعتقه، وفلان يجحد فالعبد في ذلك كله حر بالقضاء، وولاؤه لمن زعم هذا أنه أعتقه.

عياض: قول أشهب فيها: لا يعتق عليه إلا أن يقر بعدما اشتراه أن سيده كان أعتقه - إلى آخر قوله -: ثابت لابن عتاب، وفي كتاب ابن المرابط، وسقط في كثير من النسخ ومن رواية القرويين.

الصقلي في الواضحة: وكذا إن ملكه بأي وجه عتق عليه يريد بالقضاء.

قال ابن المواز: وقال عبد الملك كقول أشهب، ويحلف على ذلك فإن نكل عتق عليه ومثله في النوادر.

وصرح في كتاب العتق: أن عبد الملك هو ابن الماجِشُون، وسمع عيسى ابن

القاسم من أخبر عن رجل أنه أعتق عبده ثم اشتراه منه، فإن كان إخباره بمعنى أنه علم ذلك منه أو سمعه أنه أعتقه لا بخبر غيره عتق عليه.

ابن رُشْد: هذا يفسر قوله في المدَوَّنة، وأشهب يرى أنه لا يعتق عليه إلا أن يقيم على قوله بعد اشترائه وإن أكذب نفسه لم يعتق عليه.

وفي كون ولائه لمن أخبر أنه أعتقه، أو لمن عتق عليه قولا ابن القاسم وأشهب مع المخزومي، وفي آخر أول رسم من سماع ابن القاسم من الشهادات: قال عبد العزيز بن أبي سلمة: شهادة الوارث في العتق والصدقة جائزة في حظه، وإن كان عدلًا جازت في الصدقة عليه، وفي العتق لا يحلف فيه ولا يقوم عليه.

ابن القاسم: وقال مالك: لا يعتق منه شيء إلا أن يشتريه فيعتق عليه.

ابن رُشْد: اختلف فيما يلزم الشاهد في حظه إذا لم تجز شهادته؛ لأنفراده أو لكونهما إن كانا اثنين غير جائزي الشهادة أو متهمين في شهادتهما بجر الولاء؛ لأنفسهما دون من يرث الميت ممن لا ولاء له على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يلزمه عتق حظه ويستحب أن يبيعه فيجعله في عتق، فإن ملك العبد يومًا ما عتق عليه إن حمله الثلث أو كانت الشهادة في الصحة، قاله مالك هنا وفي المدَوَّنة.

والثاني: يعتق عليه حظه وهو قول ابن أبي سلمة والمغيرة في نوازل سَحنون.

والثالث: يعتق عليه حظه ويقوم عليه حظوظ إشراكه وهو الآتي على قول أَصْبَغ في نوازله في الرجلين يشتريان العبد من رجل ثم يشهد أحدهما أن البائع كان أعتقه أنه يعتق عليه ويقوم عليه ما بقي، وذكر اللخمي قولي ابن القاسم وأشهب في كتاب العتق الثاني، وقال: إن ردت شهادته بعداوة أو غير ذلك قبل قوله وإلا لم يقبل قوله.

وقول مالك: أنه يعتق عليه يحتمل أن يريد بحكم أو أنه حر بنفس الشراء، والقياس أن يكون حرًا بنفس الشراء؛ لأنه مقر أنه اشترى حرًّا إلا أن يراعى الاختلاف فيه فلا يعتق إلا بحكم.

قُلتُ: ظاهر قولها فهو حر بالقضاء أنه يفتقر إليه.

قال ابن الحاجب: ومن أقر أو شهد بحرية عبد، ثم اشتراه فثالثها إن ردت

شهادته بجرحةٍ لم يعتق.

ابن عبد السلام: يعني أنه اختلف المذهب على ثلاثة أقوال:

الأول: لزوم العتق وهو قول مالك في المدَوَّنة وغيرها.

والثاني: لا يعتق عليه يعني صاحب هذا القول، وهو غير قول ابن القاسم فى المدَوَّنة، وهو قول أشهب وعبد الملك إذا لم يتماد على قوله: فإن تمادى عليه عتق عند الجميع.

والثالث: قول المغيرة ويعني بالجرحة ما ترد به شهادة الشاهد ككبيرة أو عداوة وشبه ذلك، نص المغيرة على ما فسرنا به كلامه، فالأقوال ثلاثة لا أربعة كما يشير إليه غير واحد.

قُلتُ: طريقة ابن شاس وابن حارث خلاف ذلك.

قال ابن حارث ما نصه: اتفقوا على أن من أقر بحرية عبد في يده وهو رشيد غير مريض ولا مديان أنه تلزمه حريته، واختلفوا إن أقر بذلك على غيره أو شهد به عليه، ثم صار العبد في ملكه فقال ابن القاسم في المدَوَّنة: يعتق عليه.

وقال أشهب: يعتق عليه إن تمادى على إقراره.

وفي كتاب أداب القضاء لابن سَحنون. قال ابن الماجِشُون: لا يعتق عليه.

وقال المغيرة: إن ردت شهادته بجرحةٍ لم يعتق عليه، وإن كانت إنما ردت لنقص عتق عليه، وإلى قول المغيرة أشار المازري في فصل كون حكم الحاكم يحل الحرام بقوله هذا، قد يسبق إلى النفس أنه كقول أبي حنيفة أن حكم الحاكم يحل الحرام فيما هو من أحكام الفروج حسبما هو مذكور في محله، وخلاف المنصوص له في العتبيَّة في أواخر نوازل سَحنون ما نصه، سئل المغيرة عن من توفيت وليس لها وارث إلا بنات فشهد أخوها وزوجها معه أنها حلفت في شيء بعتق، وأنها لم تفعله حتى ماتت لا تجوز لا شهادة أخيها لجره الولاء لنفسه وتعتق عليهما حصتهما في الرقيق ولا يقوم عليهما ما بقي.

قُلتُ: فقد نص على وجوب العتق على الزوج والأخ مع رد شهادتهما بالتهمة، ومثل نقل ابن حارث عن المغيرة نقل الصقلي في آخر كتاب أمهات الأولاد ما

نصه: قال المغيرة: من شهد أن فلانًا أعتق عبده، ثم صار إلى ملك الشاهد بابتياعه، فإن كان الإمام رد شهادته بشيء كرهه من الشاهد سئل الآن، فإن أقام عليها عتق، وإن رجع لم يعتق، وإن لم يرده الإمام إلا لإقراره بالعتق عتق عليه والولاء للمشهود عليه.

قُلتُ: ففي عتق العبد على من شهد بعتقه قبل ملكه، ولم يحكم بشهادته بملكه إياه، ثالثها: إن تمادى على قوله، ورابعها: إن ردت شهادته بجرحةٍ، وخامسها: إن ردت بعداوة أو شبه ذلك لها، ولابن شاس عن ابن الماجِشُون ولابن رُشْد مع الشَّيخ عن أشهب مع ابن الماجِشُون والصقلي عن المغيرة واللخمي.

[باب صيغة ما يصح الإقرار به]

الصيغة: ما دل على ثبوت دعوى المقر له من لفظ المدعي عليه أو كتبه أو إشارته به بدين أو وديعة أو غير ذلك[1].

الصريحة: كتسلفت وغصبت وفي ذمتي، والروايات في علي كذلك وأودع عندي ورهن عندي كذلك في معناهما.

ابن شاس: عندي ألف كعلي إقرار.

قُلتُ: وقاله ابن شعبان، والصواب تقييده بما هو جوابٌ له من ذكر دينٍ أو رهنٍ أو وديعةٍ وإن لم تتقدم قرينةٌ قبل تفسيره كالمجمل.

المازري: قوله أخذت كذا من دار فلان أو بيته أو ما يحوزه فلان بغلقٍ أو حائطٍ أو زربٍ ويمنع منه الناس ولا يدخل إلا بإذنه كإقراره بأخذه من يده فهو تمليك له، ولو قال: من فندق فلان أو حمامه أو مسجده فليس بإقرار، ولو قال: أخذت السرج من على دابة فلان فإقرار له به إلا أن يثبت أن الدابة في حوز المقر وتصرفه هذا أصل الباب، ولو كانت دار بين رجلين شركة، وقال أحدهما: أخذت هذا الثوب منها ففي اختصاصه به وكونه بينهما قولان بناء على اعتبار اختصاصه به أو كونه بينهما قولان بناءًا على اعتبار

(1) قال الرَّصاع: تأمل هنا مسائل وانظر هذا الرسم مع ما تقدم في حد صيغة ما قدم من الحدود فظاهره أن الصيغة أعم من اللفظ أو الفعل فتأمله، والله أعلم وبه التوفيق.

اختصاصه بالأخذ وشركتهما في المأخوذ منه، ولو انفرد أحدهما بسكناه وحوزها كان الثوب له إن ادعاه.

قُلتُ: ذكره في النوادر من كتاب ابن سَحنون، وابن عبد الحَكم، وقول ابن الحاجب، ومثله وهبته لي أو بعته مني هو مقتضى نقل الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون إن قال: في الدار والدابة اشتريتها منه أو وهبنها لي وجاء بالبينة قبلت منه، ولو أقر له بالعبد ثم قال: بعد ذلك اشتريته منه لزم إقراره ولا أقبل منه البينة؛ لأنه أكذبها، إلا أن تشهد أنه اشتراه بعد إقراره، وكذا في الهبة والصدقة في الدابة وجميع العروض.

الشَّيخ عن ابن سَحنون وابن عبد الحَكم: من قال لرجل أعطني كذا، فقال: نعم، أو سأعطيكه أو أبعث لك به وليس عندي اليوم، أو ابعث من يأخذه منه فهو إقرارٌ، وكذا أجلني به شهرًا أو نفسني به، ولفظ ابن شاس هنا: ساهلني فيها دون نفسني بها لم أجده في النوادر ولا في نقل المازري، ولو قال: حتى يأتي وكيلي ففي كونه إقرارًا أو لا نقل الشَّيخ عن ابن سَحنون وابن عبد الحَكم.

المازري: لو قال له اجلس فزن أو فاتزنها أو فانتقد أو انتقدها، ففي كونه إقرارًا قولاهما الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: اتزنها: مني إقرار وبإسقاط لفظ مني لغو، وقال عن ابن سَحنون: لو قال: اتزن أو اتزنها ما أبعدك منها فليس بإقرار أمر أي ضرب تأخذها ما أبعدك منها.

ابن عبد الحَكم: قوله اجلس فانتقدها أو اتزنها كقوله اتزن وانتقد؛ لأنه لم ينسب ذلك إلى نفسه.

وفي المعونة عن ابن عبد الحَكم قوله: هذا سرج دابة فلان أو لجامها ليس بإقرار بهما لفلان، ولو قال هذا باب دار فلان فهو إقرار به لفلان، قال: لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها تضمنه هذا الإقرار والسرج ليس جزءا من الدابة، فكأنه قال: هذا السرج تسرج به دابة فلان، وفي موضع آخر سوى بينهما وبين الباب.

المازري: الإقرار بجواب نعم صريح، وكذا ببلى واستعمالها في إنكار النفي إثبات، ولذا قال: بعض النحاة لو أجابوا قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾ [الأعراف: 172] بنعم

كان كفرًا وأجل كنعم، فجواب أليس لي عندك مائة ببلى إقرار.

قُلتُ: وبنعم لغو من العالم بالعربية لغو، والأظهر أنه من العامي إقرار، ويؤيده نقل الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من قال لرجل أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم، فقال الطالب: بلى أو نعم فجحد المقر فالمال يلزمه، ولو قال أما أقرضتني أو لم تقرضني لزمه المال إن ادعاه طالبه.

ابن عبد الحَكم: يحلف المقر ولا شيء عليه إنما سأله بالاستفهام ما عنده من العلم فليس قوله أليس بإقرار.

ابن الموَّاز وابن عبد الحَكم: إن قال: ألم أوفك العشرة التي لك علي فقال: لا فهو إقرار.

محمد: يغرم له العشرة بلا يمين إلا أن يرجع على الاستفهام، فيقول: بلى قضيتك فتلزمه اليمين، قالا: وإن قال ألم أضمن لك المائة التي تدعي على أبي وقد مات، قال: بلى فرجع وقال: ما ضمنت لك شيئًا إنما استفهمتك، وما أوقن أن لك على أبي شيئًا فليس بإقرار ولا يحلف.

ابن عبد الحَكم: إلا أن يكون بيده من تركته شيء.

وفي نوازل الشعبي: قال محمد بن عبد الحَكم الخولاني: من قال لرجل ألم تسلفني مائة دينار ورددتها لك، وقال: ما رددت إلي شيئًا، فقال الآخر: ما أسلفتني شيئًا فلا شيء عليه، ولو قال: ألم أوفك المائة الدينار التي أسلفتني، فقال: لم توفني شيئًا، فقال: ما أوفيتني شيئًا فلأنه يلزمه؛ لأنه إقرار أنه أسلفه.

الشَّيخ عن محمد وابن عبد الحَكم: من قال لرجل لك علي عشرة دراهم أو على فلان حلف ولا شيء عليه، وعلى أصل سَحنون: إن قال لك: علي كذا أو قال: على فلان لزمه دون فلان.

ابن عبد الحَكم: من قال لك علي مائة دينار أو على ابني فلان فمات ابنه وترك مائة دينار وورث أبوه ربعها لزم الأب ربع ما صار إليه، ولو ترك مائة دينار لم يلزمه إلا نصيبه من مائة.

والمجملة: ما جهل جنس مدلولها أو قدره.

المازري: شيء أو حق من قوله عندي شيء أو حق في غاية الإجمال؛ لأن لفظ شيء يصدق على ما لا يحصى من الأجناس والمقادير، ومثل المحصلون المجمل في الخطاب بقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: 141] فيجب على المقر تفسيره بما يصلح له، فلو فسره بعشر العشر قبل منه مع يمينه إن أحلفه المقر له، فإن امتنع من التفسير سجن حتى يفسر، وقيد محمد ما وقع في المدَوَّنة من إطلاق هذا الجواب بأن المقر له لا يدعي قدر ما أقر له به، ولو ادعاه وامتنع المقر من التفسير كان كنكوله وحلف المقر له، واستحق ما حلف عليه.

قُلتُ: نقل الشَّيخ قول محمد مطلقًا لا على أنه تقييد للمدَوَّنة، وقال عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: من أقر بعشرة دنانير وشيء أو بمائه دينار وشيء ثم مات ولم يسأل فالشيء ساقط؛ لأنه مجهول ويلزمه ما سمى، وكذا لو شهدت بينة بذلك سقط الشيء وثبت العدد ويحلف المطلوب.

ابن الحاجب: وقيل في مائة وشيء لا يلزمه إلا مائة.

قال: ابن عبد السلام: هذا إشارة إلى تخريج الخلاف في كل واحدة من المسألتين في الأخرى لكنه لم يجزم به؛ لأن الناس كثيرًا ما يريدون بقولهم لك علي عشرة وشيء أنها عشرة كاملة.

قُلتُ: هذا التعليل لسقوط شيء المعطوف خلاف تعليل ابن الماجِشُون بأنه مجهول، والفرق عنده بينه مفردًا ومعطوفًا أن لغوه مفردًا يؤدي إلى إهمال اللفظ المقر به، وإذا كان معطوفًا سلم من الإهمال لإعماله في المعطوف عليه.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أقر في دار بيده بحق لرجل قبل منه ما سمى منها وحلف عليه إن ادعى الطالب أكثر منه، ولو قال هو هذا الجذع أو الباب المركب فقال سَحنون: مرة يصدق، ثم رجع فقال: لا يصدق، ولو قال هو هذا البناء لبناء بالدار ففي تصديقه قولان.

وقال سَحنون: في آخر قوله لو قال: أردت هذا الثوب الذي في الدار، أو هو هذا الطعام لم يصدق، وقال قبل ذلك: يصدق ولا حق له في رقبة الدار، ولو قال: له في هذا البستان حق، وقال: أردت ثمن هذه النخلة لم يصدق في قوله الأول، ولم يصدق في

قوله الآخر، ولو قال: أردت هذه النخلة بأصلها صدق مع يمينه إن أقر معها من الأرض بشيء، ولو قال: وهبتها له بغير أرض، فقيل: لا يصدق، وقيل يصدق مع يمينه، ولو قال: له في هذه الأرض حق، وقال: أزرعتها إياه سنة، وقال الآخر: لي فيها شرك لزمه أن يقر له بشيء من رقبتها في قوله الآخر ويصدق في قوله الأول، وكذا في قوله الاخر له في هذه الدار حق، وقال: هو سكناها شهرًا.

ابن عبد الحَكم: من أقر بحق في دار أو ثوب، وقال: أردت سكنى بيت منها أكريته إياه أو أسكنته أو أجرته الثوب أو أعرته شهرًا صدق مع يمينه، ولو قال: من هذه الدار أو من هذا الثوب لم يصدق إلا بشيء من رقبة ذلك الشيء.

قال: ولو قال حق في هذه الدراهم أو الدنانير أو الطعام كان محمله من الرقبة.

قال: في أو من؛ لأن ظاهر القصد فيه عين الشيء.

قُلتُ: وكذا نقله ابن شاس.

وقال ابن الحاجب: وله في هذه الدار أو الأرض أو الحائط حقٌّ، وفسره بجذعٍ أو باب مركب وشبهه، فثالثها الفرق بين (من) و(في) فظاهره في الباب من الدار ثلاثة أقوال، وفي يقرر الثالث فيهما مما تقدم؛ لأن الباب المركب فيها كالجزء منها، ولم يحك المازري في مسألة الدار غير قولي سَحنون.

قال المازري: وقوله له معنى في هذه الدار حق أو نصيب، أو جزء أو سهم، أو طائفة يقبل فيها ما زعم أنه أراد؛ لانطلاقها على ما قل أو كثر من الأجزاء.

وقال أشهب: لا يقبل تفسيره بأقل من الثمن ولا يكاد يظهر له وجه، وليس كون أقل أجزاء فرض الميراث الثمن بمثابته في الإقرار.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من قال: لفلان على حق، ثم قال: أردت حق الإسلام لم يصدق ولزمه أن يقر بشيء ويحلف على دعوى الدعوى إن ادعى أكثر منه، وكان سَحنون يقول: ينظر فيه على نحو ما يتنزل ما يتكلمان فيه، فإن تنازعا في ذكر المال أخذ بذلك، وإن تنازعا فيما يجب لبعضهما على بعض من حق وحرمة لم يؤخذ بالمال، فقد يقول الحق في القرابة أو السن أو الإسلام أو الجوار.

وفي قوة الواجب في الإقرار بمال نصاب زكاة أهل المقر من العين ذهبًا أو فضة أو

ما فسره به المقر، ثالثها: نصاب السرقة ربع دينار أو ثلاثة دراهم، للمازري عن الأشهر مع قول محمد في الوصية به، مع أَصْبَغ عن ابن وَهْب في الإقرار به، وابن سَحنون مع اختيار الأبهري وابن القُصَّار قائلًا: لا نص فيها لمالك، وفي المعونة عزو الثاني لبعض أصحابنا بزيادة ولو فسره بقيراط أو حبة.

قال: المازري: ومقتضى النظر رد الحكم لمقتضى اللغة أو الشرع أو عرف الاستعمال.

قُلتُ: فتقدم منها ما في الأيمان، وفي المعونة: قال بعض أصحابنا: وعلى قول محمد: إن كان المقر من أهل الإبل أو البقر أو الغنم لزمه أقل نصاب منها.

قال القاضي: ولو أقر بمال عظيم أو كثير فمن أصحابنا من قال هو كقوله: مال فقط يرجع به لتفسيره، ومنهم من قال ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندي قولين آخرين الدية ألف دينار والآخر ما زاد على النصاب.

قُلتُ: ففي ذكر ابن الحاجب هذين القولين على وجه الجزم بثبوتهما نظر، إن لم يكن له مستند في ثبوتهما إلا لفظ القاضي.

المازري: وقوله له عندي كذا كقوله له عندي شيء أو له عندي واحد فيقبل منه ما يصدق عليه أحد الألفاظ الثلاثة.

ابن عبد السلام: ظاهر قول الفقهاء يقبل أنه أخص من لفظ شيء؛ لأن لفظ شيء يصح تفسيره بالجزء كنصف درهم وربع ثوب وشبه ذلك، وكذا لايصح تفسيره إلا بواحد كامل من ذلك.

قُلتُ: في منع تفسير كذا بالنصف وغيره من الأجزاء نظر، وإنما يمنع من ذلك إذا كان مضافًا والفرض كونه مفردًا.

وفي الصحاح ما نصه: كذا كناية عن الشيء وتكون كنايةً عن العدد.

المازري: ظاهر قول ابن عبد الحَكم وغيره من البغداديين المالكيين تفسير المراد بهذه الكناية بإعراب ما وقع بعدها من التفسير ففي كذا دراهم أقل الجمع ثلاثة ثلاثة دراهم، وكذا درهمًا عشرون درهمًا، وفي قوله كذا درهم بالخفض.

قال ابن القُصَّار: لا نص فيه، ويحتمل أن يراد به درهم.

قال: وقال في بعض النحاة: يلزمه فيه مائة درهم.

قُلتُ: في عيون المسائل لابن القُصَّار: من قال: علي كذا كذا درهمًا، فقال ابن عبد الحكم: يلزمه أحد عشر درهمًا، وفي كذا وكذا أحد وعشرون درهمًا، وفي كذا درهمًا عشرون درهمًا.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من قال: على كذا وكذا درهمًا صدق فيما سمى مع يمينه، وقد قال: يلزمه أقل ما يكون في اللغة.

قال: وفي قوله: علي كذا وكذا دينارًا ودرهمًا، ينظر أقل ما يكون كذا وكذا من العدد فيكون عليه نصفه من الدنانير، ونصفه من الدراهم، وفي قوله الآخر القول قول المقر ويحلف.

المازري: هذا حكم للدرهم بالنصب والخفض، ولو قاله بالرفع فلا نص فيه، ويمكن حمله على درهم واحد، على أنه خبر مبتدأ؛ أي: هو درهم.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أقر بعشرة دراهم ونيفٍ قبل قوله في النيف، ولو قل فسره بدرهم أو دانقٍ، ونقله المازري كأنه المذهب ولم يحك غيره، وفي زاهي ابن شعبان: من قال: مائة ونيف وهلك قبل البيان لزمه مائة وثلثها، قاله بعض أصحابنا.

وقال بعض الناس: النيف على الشيء مثله ولا أقول بشيء من هذا، وإنما فيه ما اصطلحوا عليه إن هلك المقر، وإن كان حيًّا حلف على ما قال ولو قل، فإن لم يحلف وذكر المقر أنه أنه يجد شيئًا هو ما قدمت ذكره أو أقل حلف وأخذه، وإن ذكر أكثر حلفته وأعطيته الأقل، ولم يحك عنه ابن شاس غير قول بعض الأصحاب، وما اختاره من تفسير المقر مع يمينه.

وثاني قول ابن الحاجب: وله خمسون ونيفٌ بتفسير، وقيل: ثلاث، وقيل: ثلث الأول، فقبله ابن عبد السلام وعزا القول بأنه ثلاث لابن شعبان.

وقال ابن هارون: لا أعرفه لغير ابن الحاجب.

قُلتُ: ووقفت على نسخة عتيقة من الزاهي فيها كلام مشكل قد يؤخذ منه ما

حكاه ابن الحاجب نصه: لو أقر أن له عليه شيئًا وعشرين، فالنيف أدناه عند بعض أصحابنا ثلاث وعشرون ديناروثلث دينار، وكذا مائة ونيف ومات قبل البيان يلزمه مائة وثلثها، والغالب أنه سقط من بين قوله دينارًا وثلث دينار ما معناه، وقيل: إنه ثلث العدد الأول فيلزمه في عشرة دنانير ونيف في النيف ثلاثة دنانير وثلث دينار، والتحقيق في ذلك باستقراء النسخ الصحيحة.

والبضع: في كونه من واحد حتى أربع أو تسع أو من ثلاثة حتى سبع أو تسع، خامسها: حتى عشر لعياض عن أبي عبيد وغيره وقطرب والأكثر معها وابن دريد[1].

ففائدة أقله إن فسره المقر بأقل منه، وفائدة أكثر إن قال له أكثر البضع ففسره بأقل منه.

وعزا اللخمي الثاني لابن فارس قال: فإن شك في قدره وجب حتي تيقناه، وفي لغو الزائد وقسمه بينهما قولان، وإن تيقنا واختلفا قبل قول المقر مع يمينه ما لم يدع دون المسمى، وإن شك أحدهما قبل قول المتيقن، وفي حلفه إن ادعى ما فوق الأقل قولان، فإن مات المقر قبل أن يفسر لزم الأقل، وفي قسم الزائد قولان، ولا ينظر هنا إلى تيقن الطالب إلا أن يكون الميت صرح بشك.

وفي كون مبهم الجنس معطوفًا عليه مبين يجب بتفسير لمقر مطلقًا، وإن كان المعطوف غير موزون ولا مكيل ولا معدود كألف وعبدٍ أو ثوب، وإن كان أحدهما كألف ودينار أو وقفيزٍ أو رطل وجب تنوع المعطوف.

نقلا المازري عن ابن القُصَّار وسَحنون: ولم يذكر في المعونة غير الأول معزوًا لشُيُوخنا، وعزا الثاني لأبي حنيفة، ولم يحك الشَّيخ غير قول سَحنون مع يمين المقر في تفسيره بغير جنس المعطوف، وادعى المقر له أجود.

---

(1) هو: محمد بن الحسن بن دريد بن عتاهية، أبو بكر الأزدي البصري، حدث عن أبي حاتم السجستاني، وأبي الفضل العباس الرياشي وابن أخي الأصمعي، وروى عنه السيرافي، وابن شاذان، وأبو الفرج صاحب الأغاني، وله تصانيف حسنة منها: الجمهرة، والاشتقاق، والملاحن، والمجتبى. (223-321هـ).

وانظر: ترجمته في: الإكمال لابن ماكولا: 3/388، وتاريخ بغداد: 2/195-197.

ونقل ابن الحاجب: لزوم كونه من جنس المعطوف مطلقًا وقبوله.

ابن عبد السلام وابن هارون: لا أعرفه إلا للمازري عن أبي ثور ومحمد بن الحسن.

الشَّيخ في العتبيَّة لسَحنون: من أقر في مرضه أن لفلان عليه جل المائة أو قرب المائة أو أكثر المائة أو نحو المائة أو مائة إلا قليلا أو إلا شيئًا، فقال: أكثر أصحابنا يعطى من ثلثي المائة إلى أكثر بقدر ما يرى الحاكم.

قُلتُ: هي في نوازله من المديان والتفليس.

ابن رُشْد: لأن هذه الألفاظ تدل على أكثر المائة فوجب ألا يحط منها إلا أقل من ثلثها؛ لأن الثلث آخر حد اليسير وأول حد الكثير، وقول أهل العراق ويزاد على الخمسين دينارًا ديناران بعيد؛ إذ لا يقال في اثنين وخمسين أنها جل المائة ولا شيء من بقية الألفاظ.

وعن ابن الماجِشُون: في مائة إلا شيئًا أن الشيء عقد من عقود المائة فما دونها فيعطى تسعين ويجتهد فيما زاد عليها وهو قول له وجه، وهذا كله إن تعذر سؤاله بموته، ولو حضر سئل عن مراده وصدق مع يمينه إن نازعه المقر له فادعى أكثر وحقق الدعوى وإن لم يحققها ففي إيجاب يمينه قولان.

قُلتُ: زاد الشَّيخ عنه في كتاب ابنه: قال بعض أصحابنا: يلزمه ثلث المائة، وقال بعضهم: يلزمه النصف وشيء وذلك أحد وخمسون.

وقال رجل من أصحابنا القول قوله مع يمينه فيما يقول.

قال محمد: وإن مات المطلوب في تركته في قول بعض أصحابنا الثلثان، وفي قول آخرين أكثر من النصف بدرهم وكذا إن مات الطالب.

قُلتُ: ظاهر نقل ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون: في مائة إلا شيئًا أنه يلزمه تسعون ويجتهد فيما زاد عليها، والذي له في الواضحة: أنه يلزمه أحد وتسعون فالأقوال ستة: قول نوازل سَحنون، وقول ابن الماجِشُون نصًّا وتخريجًا في غير محل النص على نقل ابن رُشْد، وما نقله عنه في الواضحة، وقول بعضهم ثلث المائة، وقول بعضهم النصف وواحد، وقول بعضهم تفسير المقر.

قال ابن الحاجب: والوصية بجل المائة وقربها ونحوها.

قيل: الثلثان فما فوقها باجتهاد الحاكم، وقيل: الثلثان، وقيل: أحد وخمسون، وقالوا: في مائة إلا قليلًا وإلا شيئًا كذاك، وقالوا: لو أقر بمائة إلا شيئًا لزمه أحد وتسعون وفي عشرة آلاف تسعة آلاف ومائة.

ابن عبد السلام: قوله: (وقالوا لو أقر بمائة إلا شيئًا... إلى أخره) أما تأكيد الاعتقاد الفرق بين الوصية والإقرار، وأما لإشكال التفرقة بينهما لاعتقاده التساوي بينهما وهو الأقرب إلا أن هذا الفرع في الإقرار لا نعرفه لغير ابن الماجِشُون، ومذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد، وإنما يجوز استثناء الكسر فيمنع له عندي عشرة دراهم إلا ثلاثة، وإنما يجوز إلا نصف درهم وشبهه، وكذا نسبة العشرات عنده إلى المائة يجيز له عندي مائة إلا واحد إلى تسعة ولا يجوز إلا عشرة؛ لأن نسبة العشرة إلى المائة كالواحد إلى العشرة، وكذا عشرة آلاف لا يجيز استثناء ألف منها ويجيز استثناء مائة منها إلى تسعمائة؛ لأن نسبة الألف إلى عشرة آلاف كالمائة إلى الألف.

قال: وهذا المذهب على ضعفه إن سلم لا يلزم منه صحة هذا الفرع إلا لو كان يحمل الاستثناء على أقل ما ينطلق عليه اسم شيء، وكما يجوز عنده استثناء تسعة من مائة فكذا أقل منها، وكما يجوز استثناء تسعمائة من عشرة آلاف، فكذا أقل منها فلم حمل الشيء المستثنى على أكثر ما يمكن.

وأجاب عنه: بأن مقتضى الإقرار إلزام المقر أقل مسمى إقراره وذلك موجب لحمل الشيء المستثنى على أكثر مسماه دون أقله.

قال: فلم يبق الإشكال إلا فيما قدمناه من أنه لا يجوز استثناء الكسر، وعادتهم يوجهون ذلك بما لا أرضاه.

قُلتُ: حاصل كلامه ثلاثة أمور:

الأول: تلقيه نقل ابن الحاجب أن الأقوال الثلاثة في مائة إلا شيئًا إنما هي في الوصية لا الإقرار، وإن المنصوص لهم في الإقرار إنما هو لزوم أحد وتسعين.

الثاني: أن قوله: قالوا إشارة إلى إشكال المسألة مع أنه لا يعرفها لغير ابن الماجِشُون.

الثالث: تقريره إشكالها بما ذكر، أما الأول وهو أن الأقوال الثلاثة إنما هي في

الوصية فهو وهم تبع فيه ابن الحاجب ابن شاس فقبله منه هو وابن هارون، وليس كذلك لنقل الشَّيخ الأقوال الثلاثة في الإقرار لا في الوصية.

وقال في النوادر ما نصه: من العتبيَّة قال سَحنون: من أقر في مرضه أن لفلان عليه مائة إلا شيئًا وإلا قليلًا، فقال: أكثر أصحابنا يعطى من ثلثي المائة إلى أكثر بقدر ما يرى الحاكم.

ثم قال: ومن كتاب ابن سَحنون: إن قال: لفلان علي مائة درهم إلا شيئًا أو إلا قليلًا فذكر ما قدمناه من الأقوال.

وأما الأمر الثاني: وهو أن قوله قالوا إشارة إلى إشكال المسألة، وتعقبه بأنه لا يعرفه إلا لعبد الملك فصواب.

وأما الثالث: وهو تقريره إشكالها بما ذكره ففيه تناف، كبيانه أولًا عن ابن الماجِشُون أنه يجعل استثناء الآحاد من المسمى كالكسر من الصحيح، وكذا المسمى من عشرات الآلاف، ثم قال آخر كلامه: أنه لا يجيز إلا استثناء الكسر، وهذا مناف لنقله أولا عنه فتأمله.

وهذا هو المنصوص لابن الماجِشُون في الواضحة عنه ما نصه: من قال في مرضه: لفلان عندي عشرةٌ أو مائةٌ أو ألفٌ إلا شيئًا ومات ولم يسأل عن قوله أخذ بما يحسن في لفظ الناس ويجري في قولهم ولزم به الأقصى من ذلك، فإن قال: عشرة آلاف إلا شيئًا فاطرح بإلا تسعمائة؛ لأنه أقصى ذلك في الكلام، وفي قوله ألف إلا شيئًا، اطرح بإلا تسعين وهو الأقصى لا مائة لا تجد أحدا يقول له عندي ألف إلا مائة، وقال تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: 14] ولا يحسن أن يقال مائة إلا خمسين، وإنما يطرح من مائة إلا شيئًا بإلا تسعة؛ لأنه قد يقال: له عندي مائة إلا درهمًا وإلا ثلاثة إلى تسعة، ولا يقول أحد إلا عشرة.

وفي قوله: عندي درهم إلا شيئًا أو درهمان إلا شيئًا فاطرح بإلا ثلث درهم وهو الأقصى في مثل هذا ما بينك وبين تسعة عشر، ولا يحسن في قوله هنا إلا شيئًا أن يكون إلا درهمًا، فأما في العشرين والثلاثين فيكون إلا درهمًا وإلا درهمين وإلا ثلاثة.

وفي عندي له خمسة وتسعون درهمًا إلا شيئًا أو خمسمائة درهم إلا شيئًا، فلا تجعل

الشك بإلا في الجملة كلها بل في النيف فقط؛ لأنه حين أناف علمنا أن الجملة صحيحة وإنما شك في النيف فاطرح ثلث درهم من النيف فقط، وقس بهذا المعنى تهتد.

قال فضل: تكلم ابن الماجِشُون على أصله أن الشهود إذا شهدوا على حق ولم يسموه أن الشهادة باطلة، وهو قول أَصْبَغ خلاف قول مُطَرِّف وروايته، وقول ابن القاسم.

قُلتُ: في هذا الإجراء بعد وإنما بنى ابن الماجِشُون كلامه على عرف غالب التخاطب عنده.

وحاصله أنه لا يجيز استثناء عدد من عدد إلا كسرًا من صحيح، أو صحيحًا وآحادًا من تثنية عقودها لا من مفردها أو العقود مما يزيد عليها بمرتبتين.

والإقرار بمطلق من صنف أو نوع يتقيد بالعرف أو السياق فإن عدما فأقل مسماه، في المعونة: إن قال: له علي دينار ولم يقل: جيدًا ولا رديئًا ولا وازنًا ولا ناقصًا ومات حكم بجيد ووازن بنقد بلده، وإن اختلف نقد البلد فقال محمد بن عبد الحَكم: يلزمه دينار من أي الأصناف ويحلف إن استحلفه المقر له.

وقال شيخنا أبو بكر: يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود.

قُلتُ: هذا إن لم يكن بعض الأصناف أغلب وإلا تعين الأغلب وكلفظ القاضي نقله الشَّيخ عنه.

زاد عنه: لو قال: له على مائة درهم صغارًا صدق مع يمينه فيما يدعيه منها، ولو قال: له علي درهم ثقيل فطلب منه أكثر من وزن درهم حلف وبرئ من الفضل.

قال ابن الحاجب: ودرهم على المتعامل به عرفا ولو مغشوشة وإلا فزنة سبعة أعشار دينار من الفضة.

قُلتُ: هو قول ابن شاس تابعًا لنقل الغزالي في الوجيز، ولا أعرفه لأهل المذهب، ومقتضى ما تقدم عن ابن عبد الحَكم وغيره أن الواجب ما فسره به المقر مع يمينه، ولو أقر به مقيدًا للزم بقيده ما صدق عليه.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: لو أقر بدرهم وزنه نصف درهم صدق مع يمينه إن وصل كلامه.

المازري: إن قيد إقراره بدنانير أو دراهم بصفة لم يؤخذ بغيرها إلا أن يقر بها ثمنًا لمبيع، ويخالفه المقر له فيرجع ذلك لاختلاف المتبايعين في الثمن، وإن أقر به في ذمته عن قرض قبل إن قيده بما يقرضه الناس بينهم، وإن قيده بما الغالب أنه لا يقرضه الناس تخرج على نقل ابن سَحنون فيمن أقر بقرض فلوس قيدها بأنها الفلوس الكاسدة. في قبول قوله قولان لأصحابنا.

ولو وصل الإقرار بكونها وديعة، ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوفٌ أو بهارج قبل قوله بخلاف، ولو قيد الإقرار بكونها غصبا ثم ذكر أنها زيوف أو بهارج لم يقبل.

ابن سَحنون: لأن المقر بالغصب ذكر ما يوجب تعلقها بذمته بخلاف الوديعة فإنه يقبل منه كونها زيوفًا أو بهارج، ولا يقبل منه إن فسرها بأنها رصاص أو ستوقية.

وحكى عن أبيه أنه لا فرق بين كونها زيوفًا أو رصاصًا إلا أن يصفها بما لا ينطلق عليه اسم دراهم كقوله: هي رصاص محض لا فضة فيها فلا يقبل منه، ولو كان تقييده غير متصل بإقراره لم يقبل تقييده بأنها ناقصة عن وزن البلد أو بهارج إلا أن يكون إقراره بها وديعة على حسب ما ذكره ابن سَحنون عن أبيه.

ولابن عبد الحَكَم: إن أقر بدراهم وديعة، ثم قال: هي مغشوشة ففي قبول قوله قولان لابن القاسم، ولو قال: لفلان عندي دينار في منزلي ثم مات حمل إقراره على دينار جيد، ولو قال: له دينار في منزلي لا أعرف هل هو جيد أم دني ولا وزنه ثم مات حمل على أقل مسمى دينار.

المازري: لو أقر بدراهم أو دنانير أو دريهماتٍ أو دنيرات فثلاث من المسمى، فلو قال: دراهم كثيرة أو دنانير كثيرة، فقال الأبهري: كما لو لم يصفها بذلك.

وقال ابن عبد الحَكَم: لا بد من الزيادة على الثلاث، ويقبل قوله في قدر الزيادة وحدها.

ابن المواز: بواحد صحيح فأكثر، ونقل ابن عبد الحَكَم: حدها بخمسة.

قلت في المعونة: ذكر عن ابن عبد الحَكَم لأصحابنا قولين أحدهما ما زاد على الثلاثة، والآخر يلزمه تسعة، وقال بعض شُيُوخنا الذين درسنا عليهم: يلزمه مائتا درهم؛ لأن أصله في مال عظيم أنه نصاب.

قُلتُ: هو نقل الشَّيخ في النوادر عن ابن سَحنون: في دراهم كثيرة مائة درهم وفي دنانير كثيرة عشرون دينارًا.

قال ابن عبد الحَكم: لا معنى لقول أبي يوسف أنها مائة درهم، ولا لقول النعمان عشرة دراهم.

قُلتُ: هو الأظهر؛ لأنه أقل مسمى جمع الكثرة.

قال: ولو قال دراهم لا قليلة ولا كثيرة فهي أربعة، وليس فيه أمر لا يقصر عنه، ويجتهد في ذلك عند نزوله، وكذا إبل كثيرة أو بقر كثيرة، ونقله عنه في المعونة قال: ويحتمل أنه تلزمه زيادة على الثلاثة يرجع فيها لتفسيره على القول بذلك في دراهم كثيرة.

قُلتُ: ويتخرج فيها ثلاثة فقط من قول ذلك في دراهم كثيرة تخريجًا أحرويًا، ولو قال له: عندي من مائة درهم إلى مائة أو من مائة إلى درهم.

قال المازري: لزم المجرور بمن، وفي لزوم المجرور بإلى زائدًا عليه قولا سَحنون.

قال ابن الحاجب: وما بين درهم إلى عشرة.

قال سَحنون: عشرة مرة وتسعة مرة وثمانية مرة.

قُلتُ: لا أعرف نسبة القول بثمانية لأحد من المذهب إلا له ولابن شاس، ولم يحك ابن حارث عنه في هذه المسألة غير القولين الأولين فقط.

وكذا ذكر الشَّيخ المسألة من كتاب ابن سَحنون، ولم يحك عنه غير القولين الأولين، وقال: وكذا من درهم إلى ثلاثة يلزمه ثلاثة، وقال: يلزمه درهمان، وإنما حكى المازري القول الثالث عن الشافعي، قال: لأنه جملة ما بين المبدء والمنتهى.

زاد الشَّيخ عن سَحنون: لو قال له علي ما بين مائتي درهم إلى مائة درهم قضي له بمائة وتسعة وتسعين؛ لأنا أيقنا بمائة ولم يرد أن يكمل له مائة ثانية، وكذا ما بين عشرة دراهم إلى درهم عليه تسعة، وفي قوله الآخر: يلزمه عشرة.

ابن المواز: لو قال: له علي ما بين عشرة إلى عشرين لزمته العشرون إن ادعاها الطالب، وإن لم يدعها فله العشرة، فإن رجع المقر على الزائد فذلك له ويحلف إن ادعى المقر له أكثر، وإن لم يدع أكثر فلا يمين عليه، وإن تمادى المقر على شكه وادعى المقر له

العشرين فهي له دون يمين إن لم يكذبه المقر، ولو رجع المقر فقال: ما لك إلا عشرةٌ حلف وصدق، فإن نكل حلف المقر له وأخذ.

قال: ولو قال: أسلفتني ما بين الخمسين إلى الستين لزمته الخمسون، فإن رجع عما زاد عليها حلف إن أحلفه الطالب، فإن نكل حلف الطالب وأخذ تمام الستين إن أنكر المقر العشرة، وقال: تيقنت أنها خمسون، وإن نكل وشك جبرته ليقر أو ينكر وسجنته إن طلب ذلك إلى المدعي، وقاله لي عبد الملك وابن عبد الحكم، وقاله مالك فيمن لا يقر ولا ينكر، وهذا صواب والاستحسان عندي إن ثبت على شكه، وقال: كيف أحلف على ما لا أوقنه أحلفته ما وقف إلا لشكه، ثم يغرم العشرة بلا يمين على المدعي؛ لأن كل مدعٍ لا يرفع قوله للمدعى عليه ولا ينكر دعواه فإنه يحكم له بدعواه دون يمين.

وتعقب التونسي المقر: بأنه إذا لزمه غرم العشرة فلا فائدة في تحليفه على أنه إنما وقف لشكه.

المازري: وهذا تعقب حسن.

قال: لكن إن بنينا على أحد القولين أن المقر له إذا أيقن بالعشرة وتمادى المقر على شكه أنه لا يأخذها المقر له إلا بعد حلفه، أفادت هذه اليمين التي استحبها محمد؛ لأن المقر له يتهم المقر في دعوى الشك، وأنه في باطنه غير شاك بل هو جازم بثبوتها عليه، ولو صرح بجزمه لم يكن عليه يمين عليه، ولو صرح بالإنكار طلبته باليمين؛ لكن قد يقال إن صرح بالإنكار فلزمته اليمين فله ردها عليه، فإن لم يحلف لم يستحق شيئًا، فلم يتحقق في يمينه على شكه فائدة واضحة، إلا أن يقال قد يختار التصريح برد اليمين بخلاف يمين من يجب عليه من غير أن يكون له ردها فهذا مما ينظر فيه.

قُلتُ: لم يتحصل من كلامه على تعقب التونسي جواب، ويمكن أن يجاب بأن إيجاب حلفه مع غرمه لحق المقر له في رجاء نكوله فيقر فيأخذها المقر له طيبة بها نفسه في قدومه على أخذ ما ثبت أنه حق له أو حلفه على شكه فيتركها تنزها لورعه.

المازري: وأشار التونسي إلى أن ظاهر الموازيَّة أن الشك في مثل هذا هل يسقط المشكوك فيه؛ لأن الأصل براءة الذمة، أو يقسم المشكوك فيه نصفين وهي العشرة

الزائدة؟ ودل قول محمد هذا بلزوم الستين على أن ما بعد حرف الغاية داخل.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: من قال: له عندي ما بين كر حنطة وكر شعير فعليه فضل ما بين الكرين، ولو قال: ما بين دينار ودرهم لطرح من الدينار قيمة درهم وصار له ما بقي.

ابن المواز: إن قال له عندي ما بين إردب حنطة إلى إردب شعير لزمه الأقل، فإن ادعى المقر له ما زاد عليه كان له، إلا أن ينكره المقر فيحلف ويبرأ، فإن نكل بعد الإنكار حلف المقر له، وإن لم ينكل ولم يقر غرم.

المازري: من قال له عندي دينار في دينار أو درهم في درهم لم يلزمه عند سَحنون سوى درهم واحد، ولو قال: عشرة دراهم في عشرة دراهم لزمه مائة درهم.

وقال ابن عبد الحَكم: إنما يلزمه العدد الأول ويسقط ما بعده إن حلف المقر أنه لم يرد بذلك التضعيف، وضرب الحساب بناء على حمل اللفظ على المعنى اللغوي أو العرفي.

قُلتُ: قول غير واحد من شُيُوخنا: إن كان المقر له عالمًا بالحساب لزمه قول سَحنون اتفاقًا صواب إن كان المقر له كذلك، وإلا فلا.

وأول نقلي ابن الحاجب: وعشرة في عشرة.

قيل: عشرون، وقيل: مائة، وقبوله ابن عبد السلام وابن هارون: لا أعرفه ولابن شاس، ونقل المازري كالنوادر: إلا أن يؤخذ من نقل الشَّيخ في ترجمة من قال: غصبتك ثوبًا في ثوب قال فيها ما نصه: عن ابن عبد الحَكم في قوله: ثوب في عشرة أثواب قولان، قيل: لا يلزمه إلا ثوب، وقيل: أحد عشر ثوبًا.

قُلتُ: فجعل في كحرف العطف.

الشَّيخ عن سَحنون: لو قال له علي عشرة دراهم في عشرة دنانير لم يلزمه إلا عشرة دراهم؛ لأن لقوله مخرجًا والجنس مختلف، ولو قال له: علي درهم في قفيز حنطة قضى بالقفيز وهذا سلمٌ إن صدقه المقر له، وإن كذبه طالبه بالدرهم.

المازري: وصار من باب التداعي في السلم.

قُلتُ: في قبول المازري قول سَحنون في قوله: له علي درهم في قفيز حنطة أنه إقرار

بسلم نظر؛ لاحتمال أنه إقرار بثمن قفيز حنطة إلا أن يكذبه العرف فيه لقلته.

سَحنون: ولو قال له عندي عشرة أقساط زيت في قفيز حنطة قضي في الزيت فقط لفساد المعاملة، وما جاز سلم بعضه في بعض أخذ به إلا أن يجحد الطالب فيحلف ويكون له ما قال المقر، وقول ابن الحاجب: في عشرةٍ بعشرةٍ عشرة هو قول سَحنون، لو قال: علي درهم بدرهم لم يلزمه إلا درهم، وللطالب أن يحلفه ما أراد درهمين.

المازري: إن أقر بذي وعاءٍ قد يستغني عنه وينتقل بانتقاله كقوله: غصبته ثوبًا في غيبته أو ثوبًا في منديل أو قمحًا في شكارة، ففي تعلق الإقرار بالوعاء قولا سَحنون وغيره.

قُلتُ: لم يحك في المعونة عن المذهب غيره، وفي النوادر: عزو الثاني لابن عبد الحَكم، قال: وفي كتاب ابن سَحنون: لو قال: غصبتك ثوبًا مرويًّا ثوب أو في ثوب مروي لزمه ثوبان، ولا يؤخذ هذا من باب الضرب في الحساب قد يدرج ثوب في ثوب، وكذا عشرة أثواب مروية في ثوب مروي يلزمه أحد عشر ثوبًا مروية، ولو لم يذكر الجنس صدق الغاصب فيه.

ولو قال: ثوبًا في عشرة أثواب أو في مائة ثوب فبخلاف ذلك؛ لأنه معروف من كلام الناس أن الثياب تكون في ثوب وعاءً لها، ولا يقال: ثوب في ثياب وعاءً له، وفي قوله: ثوب في عشرة أثواب قولان: أحدهما: لا يلزمه إلا ثوب، وقيل: يلزمه أحد عشر.

وقول ابن الحاجب: وثوب في صندوق أو في منديل في لزوم ظرفه قولان، بخلاف زيت في جرةٍ ظاهره نفي الخلاف في الجرة، وهو وهمٌ تبع فيه ظاهر لفظ ابن شاس لذكر الشَّيخ قولي سَحنون وابن عبد الحَكم نصًا.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: ولفظ الكرم يشمل أرضه، والبستان يشمل شجره وأرضه، ولفظ النخل يشمل موضع أصلها وطريقها، وما بين النخل من أرض إلا أن تقل النخل وتكثر الأرض فتشمل أصلها دون الأرض بينها، ولو أقر بعشرة أصول من هذا الكرم كانت له بأصولها.

ابن سَحنون: لو قال: شجر هذا البستان لفلان فله الشجر بأصوله من الأرض في

أحد قولي سَحنون، وقوله الآخر: له الشجر دون الأرض، ولابن سَحنون من قال: هذه الأمة لفلان وولدها لي كلامًا نسقًا فهو كما قال، ثم ذكر عنه لو قال هذه الأمة لفلان، ولم يذكر الولد فولدها لمن هي في يده، ولو شهدت بينة أن هذه الأمة لفلان ولم يذكروا الولد قضي بها وبولدها لفلان للبينة بخلاف الإقرار.

وفي غصبها: من أقر أنه غصبك هذا الخاتم ثم قال: وفصه لي أو جبة، ثم قال: وبطانتها لي أو بدار، ثم قال: وبناؤها لي لم يصدق إلا أن يكون كلامًا نسقًا، وفي النوادر عن سَحنون وأشهب مثله في مسائل عديدة، ثم قال عن ابن عبد الحَكم: لو قال في باب بيده خشب: هذا الباب لفلان ومساميره لي أو بالعكس فهو كما قال، وهما فيه شريكان بقدر المسامير من الخشب، وقاله أشهب.

ابن عبد الحَكم: وأرى الباب كله للمقر له، وإن قال: غصبت هذا الخاتم وفصه لي، فالخاتم والفص للمقر له ويحلف، ولو قال: لا علم لي يحلف ما يعلم ذلك وكان له الفص، ولو قال: غصبته هذا الخاتم وفصه لي فالخاتم، والفص للمقر له ويحلف، ولو قال: لا علم لي فقد أقر أنه غصبه بالفص وادعى الفص.

قُلتُ: في نوازل سَحنون من الغصب: من قال لرجل كنت غصبتك ألف دينار وأنا صبي لزمه ذلك، وكذا لو قال كنت أقررت لك بألف دينار وأنا صبي.

ابن رُشْد: قوله غصبتك ألف دينار وأنا صبي لا خلاف في لزوم ذلك؛ لأن الصبي يلزمه ما أفسد وكسر.

وقوله: كنت أقررت لك بألف وأنا صبي يتخرج على قولين:

أحدهما: أنه لا يلزمه ذلك إذا كان كلامه نسقًا وهو الأصح، وعليه قوله فيها طلقتك وأنا صبي؛ لأنه يلزمه، وكذا إن أقر بالخاتم لرجل، وقال: الفص لي أو بالبقعة وقال: البنيان لي والكلام نسق.

والثاني: أنه يلزمه وإن كان كلامه نسقًا وعليه سماع أَصْبَغ.

ابن القاسم: تفرقته بين أن يقول لفلان علي ألف دينار وعلى فلانٍ وفلانٍ، وبين أن يقول لفلان علي وعلى فلان وفلان ألف دينار.

قال: لأن الأول أقر على نفسه بألف دينار فلا يقبل قوله بعد ذلك وعلى فلان

وفلان، وإن كان كلامه نسقًا، فعلى قوله هذا يأتي قول سَحنون في هذه المسألة.

قُلتُ: ومثل قول سَحنون هذا سمع عيسى ابن القاسم في كتاب الشركة في رسم يدير ماله.

قُلتُ: ففي لغو المقر به لتقييده بوصف يوجب لغوه مع ثبوت كونه إقرارًا في نفسه، وطرح بعضه برافعه من لفظ المقر نسقًا فيهما قولان لها مع أشهب ومشهور أحد قولي سَحنون، وابن القاسم وابن عبد الحَكم مع أحد قولي ابن القاسم وسَحنون.

وقولنا مع ثبوت كونه إقرارًا في نفسه احترازًا من قوله له علي درهمٌ إلا درهمًا فإنه يلزمه درهم اتفاقًا؛ لأن له علي درهم لا يتقرر كونه إقرارًا مع قوله إلا درهمًا.

وقوله له: علي ألف مع قوله: وأنا صبي يتقرر كونه إقرارًا، وكذا هذا الخاتم لفلان وفصه لي.

وفي تكرير الإقرار اضطراب، وله نظير في تكرير الوصية بكلي مماثل الآحاد والطلاق في كتاب الأيمان به.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أشهد لرجل في موطن بمائة، ثم أشهد له في موطن آخر بمائة، فقال الطالب: هي مائتان، وقال المقر: هي مائةٌ واحدةٌ فقال أصحابنا جميعًا: لا يلزمه إلا مائة بخلاف أذكار الحقوق لو شهد له في ذكر حق بمائة وفي صكٍّ آخر بمائة لزمه مائتان.

قال محمد: لو أشهد في موطن بمائة، وفي موطن بمائتين لزمته ثلاثمائة، ولابن حبيب عن أَصْبَغ: إن أقر بالأقل أولًا صدق المطلوب أن الأقل دخل في الأكثر، وإن أقر بالأكثر أولًا فهما مالان.

وقال ابن سَحنون في غير كتاب الإقرار: اضطرب قول مالك في هذا، وآخر قوله: وبه أقول قبول قول المقر فيحلف ولا يلزمه إلا مائة، وقاله ابن عبد الحَكم.

قُلتُ: ففي كون تعدد الإقرار تعدد واحد في مجلسين يوجب وحدته مع يمين المقر أو تعدده مع يمين المقر له قولان لسَحنون، مع ابن عبد الحَكم وأحد قولي مالك.

وثانيهما قال ابن الحاجب: ولو أشهد في ذكر بمائة، وفي آخر بمائة فآخر قوليه مائة، فقبله ابن عبد السلام، وصوره بأنه أشهد له في وثيقة بمائة من غير ذكر سبب لرجل ولم

يذكر سببها، ثم أشهد له في وثيقة أخرى له بمائة من غير ذكر سبب، وكذلك ابن هارون وتبعوا في ذلك لفظ ابن شاس: وهو وهمٌ وغفلةٌ؛ لأن المنصوص في عين المسألة خلاف ذلك وهو لفظ محمد بجلاف أذكار الحقوق، ومثله لابن رُشْد.

قال ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الشهادات في رسم حمل صبيًّا: لو أشهد رجل على نفسه قومًا أن عليه لفلان مائة دينار ثم أشهد من الغد آخرين أن له عليه مائة دينار، ثم أشهد من الغد آخرين أن له عليه مائة دينار لزمه ثلاثمائة إن طلبها ولي الحق.

قال أَصْبَغ في سماعه في النكاح: يعني إذا أشهدهم مفترقين وادعى أنها مائة واحدة، وأرى إن كان له كتاب في كل شهادة فهي أموال مختلفة، وإن كان كتابًا واحدًا فهو حق واحد وإن كان بغير كتاب فهو مائة واحدة ويحلف، وكذا إن تقارب ما بين ذلك مثل أن يشهد هنا ويقوم إلى موضع آخر فيشهد آخرين.

ابن رُشْد: فقول ابن القاسم يلزمه ثلاثمائة إن طلبها ولي الحق يأتي على القول بأن الشهادة لا تلفق وأنه إذا شهد لرجل شاهد أن فلانًا أقر له بمائة في يوم كذا، وآخر أنه أقر له من الغد بمائة، وثالث أنه أقر له من الغد بمائة فيحلف مع كل شاهد ويأخذ ثلاثمائة، وأما على أنها تلفق فيأخذ في هذه المسألة مائة واحدة ويحلف المطلوب ما له علي إلا مائة واحدة ويحلف المطلوب ما له عليه شيء ويحلف المطلوب ما له عليه إلا مائة واحدة أشهد له عليها شاهدًا بعد شاهد، ولا يلزمه غيرها فيأخذ في مسألة الكتاب مائة واحدة يحلف المطلوب ما له عليه إلا مائة واحدة أشهد له بها شهودًا بعد شهود، فإن نكل حلف الطالب أنها ثلاث حقوق وأخذ الثلاثمائة، فإن أنكر أن يكون له عليه شيء أصلًا أدى الثلاثمائة ولم يكن على الطالب يمين.

وقوله: يلزمه ثلاثمائة إن طلبها ولي الحق؛ يريد: بعد يمينه أنها ثلاث حقوق، فإن نكل حلف المطلوب أنها حق واحد وأدى مائة واحدة.

وتفرقة أَصْبَغ في الحق بين أن يكون بكتاب واحد في جميع الشهادات، أو كتاب في كل شهادة تفرقة صحيحة لا خلاف أنه إن كان في كتاب واحد أنه حق واحد، وكذا لا اختلاف في أنه إن أشهد قومًا في كتاب أن عليه لفلان مائة دينار، ثم أشهد في كتاب آخر آخرين بمائة دينار، ثم أشهد في كتاب آخر آخرين بمائة دينار، فقام الطالب بالكتب

الثلاثة أنه يقضى عليه بالثلاثمائة، وإنما مسألة الخلاف إذا أشهد شهودًا بعد شهود بغير كتاب وبينهما مدة من الزمان، وإن كتب صاحب الحق بما أشهد عليه كل جماعة كتابًا على حدة لم يخرج بذلك عن الخلاف.

قُلتُ: وهذا نص بخلاف نقل ابن شاس المتقدم عن المذهب فتحقق.

ابن الحاجب: وبمائة عن ومائتين في موطنين، ثالثها: إن كان الأكثر أولا لزمه ثلاثمائة.

قُلتُ: تقدم عزو الشَّيخ لزوم الثلاثمائة مطلقًا لمحمد، وعزوه الثالث لأَصْبَغ، ولا أعرف ثبوت الثاني وهو لزوم أكثر الإقرارين مطلقًا في المذهب نصًّا إلا لابن الحاجب، ولم يحكه ابن شاس، ولا يؤخذ من نقل الشَّيخ قول ابن سَحنون في غير كتاب الإقرار اضطرب قول مالك في هذا، وآخر قوله أنه لا يلزمه إلا مائة؛ لأن ذلك إنما هو راجع لإقراره بمائة مرتين، وقد يؤخذ من قولها في كتاب السلم الثاني وكتاب الشهادات: من أقام شاهدًا بمائة دينار وشاهدًا بخمسين، فإن شاء حلف مع شاهد المائة، وقضي له بها وإلا أخذ خمسين بغير يمين، فلم يجعل له حقًا إلا في أكثر الإقرارين أو في أقلهما لا في مجموعهما، هذا ظاهر المدَوَّنة.

وقال الصقلي: قال بعض شُيُوخنا القرويين: هذا إن كان في مجلس واحد، ولو كان في مجلسين وادعى الطالب كلها حلف مع كل شاهد وأخذ مائةً وخمسين.

ولابن حارث في كتاب الرهن: أو قال: لي عند فلان مائة دينار بذكر حق ومائة برهن، فقال الغريم: هي مائة واحدة بها الرهن وذكر الحق ففي لزومه مائة واحدة أو مائتان قولا لابن القاسم أولًا وثانيًا، وصوب ابن حارث الأول مائة وخمسين.

و في النوادر من كتاب ابن سَحنون: من أقر بثمن عليه ألف دينار من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن حر، وقال الطالب: هي من ثمن بزٍّ لزمه المال مع يمين الطالب، وقاله ابن عبد الحَكم، وقال: ولو قال: اشتريت منك خمرًا بألف درهم لم يلزمه شي؛ لأنه لم يقر أن له عليه شيئًا.

المازري: من قال لك علي مائة دينار زورًا، فالمنصوص لا يصدق ويقضى عليه بإقراره.

قُلتُ: عزاه الشَّيخ لكتاب ابن سَحنون قائلًا: في إجماعنا قال: ومن قال: لفلان علي دنانير من ثمن سلعة لم أقبضها، ففي قبول قوله لم أقبضها نقلاه عن سَحنون وعزا الثاني لابن القاسم.

قال أَصْبَغ: ولا يحلف البائع إلا أن يقوم عليه بحرارة البيع.

قال ابن عبد الحَكم: على البائع البينة بدفع السلعة، وقول ابن الحاجب بخلاف قوله: اشتريته بألف دينار ولم أقبضه هو نقل الشَّيخ عن ابن القاسم لو أقر أنه اشتراها وأنه لم يقبضها نسقًا متتابعًا قبل قوله.

قال: وفي كتاب ابن عبد الحَكم: من أقر لرجل بألف درهم من ثمن بز اشتراه منه، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض البز منه حلف المقر وقبل قوله: سواء وصل كلامه أو لا.

ابن الحاجب: وعلي ألف من ثمن خنزير، ثم أقام بينة أنه ربًا لم يقبل على الأصح، كما لو قال: بألفٌ قضيته ألفًا، بخلاف قضيته بعد إقرار المقر له.

قُلتُ: قوله: من ثمن خنزير إلى آخره، كذا وقع في جميع ما رأيت من نسخه بلفظ خنزير بالخاء المعجمة، وهو المذكور في قوله تعالى: ﴿وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ﴾ [البقرة: 173] وعين هذه المسألة لم أقف عليها لأحد غيره فالله أعلم من أين جلبها، ولم أجدها في وجيز الغزالي ولا غيره.

ومقتضى قوله: أن القول الأول فيها لزوم إقراره بالألف كإقراره بألف من ثمن خنزير دون بينة، وهذا؛ لأن البينة التي أتى بها غير مطابقة لدعواه لعدم ترادف لفظ ثمن خنزير ولفظ ربا، ومقابل الأصح إعمال البينة، وهذا إن وجد في المذهب وجهه أن القول بأن الربا صادق على ثمن كل بيع فاسد حكاه اللخمي في كتاب الصرف.

وفي الجواهر لابن شاس ما نصه: ولو أقر على نفسه بمال من ثمن خنزير مثلًا ثم أقام بينة أنه ربا وإنما أقر أنه من ثمن خنزير لزمه المال بإقراره أنه من ثمن خنزير إلا أن يقيم بينة على إقرار الطالب أنه ربا.

وقال ابن سَحنون: تقبل منه البينة أن ذلك ربا ويرد إلى رأس ماله، وبالأول قال سَحنون.

قُلتُ: لم أقف على هذه المسألة في النوادر ولا في كتاب الدعوى والصلح

في العتبيَّة.

الشَّيخ: عن كتاب ابن سَحنون: من قال لفلان علي ألف درهم وقضيتها كاملًا متصلًا بكلامه غرمها إلا أن يقيم بينة بإجماعنا، ولو قال: بعد إقراره بها قضيته إياها قبل الإقرار لم تقبل له بينة بذلك.

وله في ترجمة الإقرار على جهة الشكر لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: من قال لقوم أسلفني فلان مائة دينار وقضيته إياها صدق، ولو قالها عند السلطان لم يصدق؛ لأن ما كان على وجه الشكر أو الذم لم يؤخذ به، وقاله مالك وجميع أصحابه.

وفي شهادتها: من أقر أنه كان تسلف من فلان الميت مالا وقضاه إياه، فإن كان عن زمن لم يطل غرم، وإن طال من ذلك حلف وبرئ إلا أن يذكر ذلك بمعنى الشكر، فيقول: جزى الله فلانًا أسلفني وقضيته فلا يلزمه قرب الزمان أو بعد.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أشهد أنه تقاضى من فلان مائة دينارٍ كانت له عليه فجزاه الله خيرًا فإنه أحسن قضائي فليس لي عليه شيء، فقال: المشهود له بذلك كذب إنما أسلفته المائة سلفًا، فالقول قول المشهود له.

ابن رُشْد: هذا مثل ما في آخر كتاب المديان منها، وما في سماع يحيى: أن من أقر بالاقتضاء لا يصدق أنه اقتضاه من حق له وإن كان إقراره على وجه الشكر، ومن قوله من كتاب الشهادات منها، وفي سماع سَحنون ابن القاسم بعد هذا: أن من أقر بسلف ادعى قضاءه على وجه الشكر أنه لا يلزمه.

والفرق أن السلف معروف يستحق فاعله الشكر وقضاء الحق واجب لا يستحق صاحبه الشكر وهذا على أصل ابن القاسم، وعلى أصل أشهب أنه لا يؤخذ أحد بأكثر ما أقر به يكون القول قول المقتضي، وقاله ابن الماجِشُون نصًّا في هذه المسألة ويقوم من هذه المسألة أن من عليه وثيقة بحق قضاه، وطلب قبض الوثيقة أو حرقها أنه ليس له ذلك، وإنما له أن يشهد له فيها وتبقى بيد ربها؛ لأنه يدفع بها عن نفسه خوف أن يستدعي دافع الدين بينة بإقرار رب الدين بقبضه أو بحضورهم دفعه، ولم يعلموا على أي وجه كان دفعه، وأقامه شيخنا ابن رزق من آخر مسألة من كتاب المديان.

قُلتُ: وقد تقدم هذا فيما أظن وسمع سَحنون ابن القاسم من قال لفلان علي دينار

فتقاضاه مني أسوأ التقاضي فلا جزي خيرًا، فيقول المقر له ما تقاضيت منه شيئًا، الدين باق على المقر وليس كمن يقر على وجه الشكر.

ابن رُشْد: والشكر إنما هو معتبر في قضاء السلف؛ لأنه معروف يوجب شكرًا.

ولو أقر بدين من غير قرض وادعى قضاءه لم يصدق، رواه ابن أبي أويس، وسواء كان عندي على وجه الشكر أو لا.

ومن قال: لفلان علي ألف درهم إن شاء الله أو إن قضى الله ذلك أو بذلك ففي لزومها نقلا الشَّيخ عن سَحنون، مع نقل ابنه عن جميع أصحابنا، ومحمد مع ابن عبد الحَكم، وله عن ابن سَحنون: له علي ألف درهم إلا أن يبدو لي لا يسقط بحال، ولو قال: لفلان علي ألف درهم إن شاء فلان لم يلزمه ولو شاء ذلك؛ لأنه خطر كقوله له علي ألف درهم إن تكلم أو إن دخل الدار وقاله محمد، قال: كقوله: فلان مصدق في شهادته على أن ذلك لا يلزمه.

ومن قال: علي ألف درهم في شهادة فلان ففي لزومه قولا سَحنون، ومحمد عن ابن عبد الحَكم قائلين: لو قال بشهادة فلان أو علمه لزمه.

سَحنون: لو قال بقول فلان أو في قوله لم يلزمه؛ لأنه في مخرج الإنكار كأنه يقول فلان يقوله لا أنا.

ومن قال لفلان: علي ألف درهم فيما أعلم أو في علمي أو فيما أظن أو فيما أحسب أو فيما أرى ففي لزومه.

نقلاه عن سَحنون قائلًا: وكذا فيما أظن أو فيما رأيت، ومحمد مع ابن عبد الحَكم قائلين، وكذا فيما يحضرني؛ لأنه شك فيسقط كالشهادة، ورده سَحنون بأن الشك لا أثر له في الإقرار.

ابن سَحنون: وقوله: في حسباني أو في ذكري أو في كتابي أو بكتابتي يلزمه في إجماعهم.

قُلتُ: الأظهر أن في حسباني مثل فيما أحسب، ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون: من قال لرجل: لا أعلم إلا أن فلانًا أعطاني من طعامك أو ما أظن إلا أن لك عندي عشرة آصعٍ لم يلزمه ذلك إن ادعاه المقر له إلا بإقرار صحيح، ويحلف ما يحق ذلك وما

هو إلا ظن، وإن أنكر أن يكون قاله فشهد به عليه شاهد واحد فيحلف ما شهد به الشاهد لباطل.

قلت في الواضحة لابن الماجِشُون: من قال: لفلان علي عشرة دنانير أعطيه كل يوم دينارًا، وقال المقر له هي حالةٌ، قبل قول المقر مع يمينه، ونحوه في النوادر في ترجمة الإقرار بشرط اليمين عن ابن عبد الحَكم.

وفي زاهي ابن شعبان ما نصه: ومن أقر لغيره بمال منجم أو مؤجل، فقال المقر له هو حال ففيها قولان: أحدهما: يحلف المقر له ويكون حالًا، والآخر أن المقر يحلف ويقبل قوله، وقد اختلف في يمين المقر وهذا أحوط وبه كان يقضي متقدمو قضاة مصر.

قال ابن الحاجب: وألفٌ مؤجلٌ يقبل في تأجيل مثلها على الأصح بخلاف مؤجلةٍ من قرض، فقبل.

ابن هارون وابن عبد السلام نقله أن حكم القرض الحلول دون ذكر خلاف فيه، ولا أعرف هذا لغير ابن الحاجب، وظاهر ما نقلته عن لفظ الواضحة ولفظ الزاهي أن لا فرق بين القرض وغيره؛ بل قبول قوله في القرض أبين وأحرى من قبوله في المعاوضة؛ لأن غالب المعاوضة النقد وغالب القرض التأجيل.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من قال لفلان علي مائة درهم أن حلف، أو إذا حلف أو متى حلف أو حين يحلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان على ذلك ونكل المقر فلا شيء عليه في إجماعنا، وقاله ابن عبد الحَكم قائلًا: إن حلف مطلقًا أو بطلاق أو عتق أو صدقة، أو إن استحل ذلك أو إن كان يعلم ذلك أو إن أعارني رداءه أو دابته فأعاره ذلك، أو إن أشهد بها علي فلان فشهد، ولو قال: إن حكم بها علي فلان فتحاكما إليه، فحكم بها عليه لزمه.

ابن سَحنون: من أنكر ما ادعى به عليه فقال له المدعي احلف وأنت بريء أو متى حلفت أو أنت بريء مع يمينك أو في يمينك فحلف فقد برئ، ولو قال له الطالب لا تحلف لم يكن له ذلك، وكذا إن قال: المطلوب للمدعي احلف، وأنا أغرم لك فحلف لزمه، ولا رجوع له عن قوله.

ونوقض قول سَحنون بعدم اللزوم في قوله: إن حلفت فحلف بقوله احلف، وأنا

أغرم أنه يلزمه، ومثله قول حمالتها: احلف أن الحق الذي تدعيه قبل أخي حق وأنا ضامن أنه يلزمه ولا رجوع له، ويلزمه ذلك إن حلف المطلوب، وإن مات كان ذلك في ماله.

ويجاب بأن شرط لزوم الشيء إمكانه وهو غير ثابت في قوله: إن حلفت وأخواته لما علم أن ملزومية الشيء للشيء لا تدل على إمكانه فلم يلزمه الإقرار لعدم إتيانه في لفظه بشرطه وهو الإمكان، ولزومه ذلك في قوله: احلف لإتيانه بما دل على ثبوت شرط اللزوم وهو الإمكان، لدلالة صيغة افعل عليه؛ لأن كل مطلوب عادة ممكن، ومن تأمل ما قلناه تبين له الجواب عما أشار إليه ابن سهل من مناقضة قول سَحنون المتقدم لأصل المذهب؛ لأنه قال في أول كتابه في باب الأيمان والخلطة ما نصه: سئل ابن عتاب عمن وجبت عليه يمين فردها على طالبها بمحضره فسكت من ردت عليه، ومضى زمان وأراد أن يحلف فقال الراد: أنا أحلف؛ لأنك لم تقبل حين رددتها إليك، فأجاب بأن القول قول من ردت عليه هو قول مالك وعامة أصحابه.

قال ابن سهل: ما أجاب به هو سماع أَصْبَغ في الدعوى والتفليس وفي رسم الجواب من سماع عيسى وفي ديات المدَوَّنة.

ولسَحنون: من قال لفلان علي مائة درهم إن حلف، فحلف أنه لا يلزمه فتدبره.

قُلتُ: فتدبره إشارة إلى مخالفته ما تقدم لابن عتاب، وتعقب ابن عبد السلام قولها ويلزمه ذلك إن حلف المطلوب، وإن مات كان ذلك في تركته بأنها هبة لم تقبض، وأجاب بأنه أدخله في عهدة الحلف.

قُلتُ: هذا يدل على أنه لو مات قبل حلفه لم يلزمه في تركته بأنها منه وهو وهم، ولفظ المدَوَّنة يدل على لزومه ولو مات قبل حلفه؛ لأن فيها ما نصه: من قال لرجل احلف أن ما تدعيه قبل أخي حقٌّ وأغرمه لزمه ولا رجوع له؛ لأنها حمالةٌ لازمةٌ كالدين.

قال ابن القاسم: ولو مات الضامن كان ذلك في ماله.

وقال اللخمي: من قال لرجل ما ثبت لك قبل فلان فأنا كفيل به لزمه ذلك في الحياة، واختلف إن مات القائل ثم أثبت المدعي حقه، فقال ابن القاسم: ذلك في ماله،

وقيل: ذلك ساقط؛ لأنها كهبة.

وقال الصقلي: ليس هذا كهبة لم تقبض؛ لأنها على أصل معاوضة لمن له الدين، وفي الإقرار بأحد أمرين اضطراب.

الشَّيخ عن سَحنون: من قال لرجل: لك هذه الشاة أو هذه الناقة لزمته الشاة وحلف ما الناقة له.

محمد: يقال له أعط أيهما شئت بلا يمين، إلا أن يدعي الطالب أرفعهما أو كليهما فيحلف المقر ولا يلزمه إلا ما أقر به، وقاله أشهب.

وقال أيضًا: إن أقام المقر على شكه أخذ المقر له ما شاء منهما دون يمين، فإن رجع المقر فقال: ما له شيء منهما وادعاهما الطالب قضي له بقيمة أدناهما، وقال أشهب: بأدناهما لا بعينه.

ابن عبد الحَكم: القول قول المقر مع يمينه، فإن قال: ما له شيء منهما وادعاهما الطالب قضي له بقيمة أدناهما لا بعينه.

ولسَحنون: من قال: له علي ألف درهم بيض أو سود، لزمته البيض وحلف في السود.

ابن عبد الحَكم: وقيل: يلزمه الأقل ويحلف على الأكثر، وكذا له علي ألف درهم وخمسمائة، فإن نكل حلف الطالب وأخذ الألف، فإن نكل فليس له إلا خمسمائة، وكذلك ألف درهم أو نصفها.

سَحنون: إن قال له علي كر حنطة أو كر شعير لزمته الحنطة وحلف في الشعير، وإن قال: له علي ألف درهم ودينار أو كر حنطة لزمه الألف في إجماعهم.

سَحنون: ويلزمه الدينار ويحلف في الكر، فإن نكل حلف الآخر وأخذ الكر مع الألف والدينار، وإن نكل الطالب سقط الكر وأخذ الألف والدينار، ولو قال: له علي مائة درهم ودينار وكر حنطة لزمته المائة، والكر الحنطة في إجماعنا ويحلف عند سَحنون في الدينار، فإن نكل حلف الطالب وأخذه، فإن نكل سقط الدينار وأخذ المائة والكر، وإن قال له علي ألف درهم ومائة دينار أو كر حنطة وكر شعير لزمه الألف في إجماعنا، وتلزمه المائة عند سَحنون ولزمه الكر الشعير في إجماعنا، ويحلف عند سَحنون في كر

الحنطة، فإن نكل حلف الطالب وأخذه مع الألف والمائة وكر الشعير، فإن نكل في كر الحنطة سقط وكان له الألف والمائة والكر الشعير، فأما الألف وكر الشعير فقد جاء معونًا فيهما، وأما المائة وكر الحنطة فقال سَحنون: يغرم المائة؛ لأنه لم يوقع فيها شكا ويحلف في الحنطة والشعير.

وقال المازري: من قال لفلان علي كذا وكذا ففي لزوم إقراره بالأول فقط مع حلفه على نفي الثاني إن ادعاه المقر له، ولزوم حلفه على شكه وحلف المقر له على شكه إن شك قولا سَحنون وابن القاسم في العتبيَّة مع غيره، وعليه إن حلفا أو حلف المقر له فقط كانا بينهما، فإن ادعى المقر أعلاهما ففي أخذه إياه بيمين أو دونها قولان، فإن نكلا معا ففي كونهما بينهما أو للمقر له أدناهما، ثالثها: قيمته لابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم محتجًّا بأنهما لو كانتا جاريتين لم يجز للمقر له وطء أدناهما إذا قضى له بها لمنع إباحة فرج بشك.

المازري: لا يتحتم المنع بل يجري في جواز وطئه على القولين في جواز وطء بائع أمة ردت إليه بإنكار مبتاعها شراءها وفسخ بيعهما لاختلافهما.

قُلتُ: ما عزاه لابن القاسم هو سماع عيسى، من قال لرجل في ثوبين له: أحدهما لك والآخر لي، وقال سَحنون: إنما هو في قوله: هذا الثوب لك أو هذا الآخر حسبما تقدم في نقل النوادر، ولا يلزم من قول ابن القاسم بالشركة في الأولى قوله بها في الثانية لجواز عده إياه نادمًا، ولذا جعلهما ابن الحاجب مسألتين.

ومن قال: لزيد علي مائة درهم أو لعمرو، ففي غرمه لكل منهما مائة دون حلفه وغرمه مائة واحدة بعد حلفه لا شيء عليه غيرها يقتسمانها بعد أيمانهما ونكولهما كحلفهما، ثالثها: يلزمه إقراره للأول بعد حلفه لا أعلمها للثاني وحلف المقر لا شيء له عليه إن نكل حلف الثاني وغرم له مائة أخرى.

للمازري عن محمد قائلًا: لو مات المقر فعلى كل منهما اليمين لجواز أن لو بقي حيًّا انتقل عن الشك وأنكر الإقرار، وابن عبد الحكم وسَحنون مع أشهب، وعلى الثاني قال ابن عبد الحكم: إن نكل عن الحلف لهما غرم لكل منهما مائة، وإن حلف لأحدهما برئ منه وغرم للآخر مائة، فإن قال: قال أحدهما ما لي شيء، وقال الآخر: هي لي وحلف

المقر فلا شيء لواحد منهما؛ لأن الإقرار ثبت لواحد بغير يمينه، فإذا تبرأ أحدهما منها أمكن أن تكون له، فلم يكن للآخر شيء، ولو عادل في شكه أكثر من واحد لأكثر من واحد كقوله علي ألف درهم لزيد وعمرو، أو لخالد وجعفر فهو كمعادلة واحد بواحد، وكذا واحد بأكثر منه وتجيء الأقوال الثلاثة.

الشَّيخ والمازري: من قال: لزيد عندي مائة درهم بل هي لعمرو غرم لكل منهما مائة.

ولو قال: غصبت هذا العبد من زيد بل من عمرو فهو للأول وغرم للثاني قيمته، وبالإجماع عليه رد سَحنون قول أشهب من قال: غصبته من زيد أو من عمرو بل من خالد، العبد لزيد ويحلف لمن شك فيه.

ويجاب: بكون العطف للإضراب عن كون الشك بين الأولين لكونه بين الأول والأخير لا الإضراب عن الشك إلى الجزم فإنه للأخير، واتفقا في قوله: غصبته من زيد وعمرو بل من زيد على أنه بينهما نصفان بإقراره أولًا، والإضراب أوجب لزيد قيمته أجمع لضرر الشركة أو نصفه ونصف قيمته بعد حلف كل منهما لصاحبه أن لا حق لهما فيه ونكولهما كحلفهما، فإن حلف مستحق النصف وحلف الآخر اختص به، وغرم للناكل نصف قيمته لإتلافه عليه النصف الذي أقر له به أولا؛ لإضرابه عليه بنكوله لغيره، ولو نكل مستحق جميعه كان له نصفه ونصف قيمته على المقر.

وقول ابن سَحنون: وهذا يدل على صحة قول سَحنون دون أشهب فيرد بالجواب المتقدم فتأمله.

وأنكر سَحنون تفرقة أَصْبَغ في قوله: غصبته من زيد بل من عمرو أنه إن قال: بل بعد قبضه الأول غرم للثاني نصف قيمته وإلا كان بينهما.

المازري: ونحو قول أَصْبَغ قول أشهب: من ورثه ولد له فقال هذه وديعةٌ عند أبي لفلان وفلان معه نسقًا قضي بها لهما، ولو قال لفلان: ثم بعد حين قال: ولفلان معه أو لفلان دونه، فإن كان عدلًا حلف المقر له آخرًا معه وقضي له بموجب الشهادة، وإن لم يكن عدلًا أو نكل المقر له آخرًا عن الحلف قضي بذلك للمقر له أولا، ولا غرم على الوارث إلا أن يدفع ذلك للمقر له أولا فيغرم للثاني حقه لاستهلاكه.

الشَّيخ في كتاب ابن سَحنون: من قال في عبد بيده: هو بينه وبين فلان، ثم قال: هو بيني وبين فلان آخر، ثم قال: هو بيني وبين ثالث، فقيل: للأول نصفه، وللثاني نصف نصفه، وللثالث نصف ربعه ويبقى للمقر ثمنه.

وقال سَحنون: قال بعض أصحابنا للثاني: نصف العبد الذي بقي له، وللثالث قيمة نصف العبد؛ لأنه أتلفه عليه بإقراره.

ولو أقر بالعبد كله لرجل، ثم أقر به لآخر فهو للأول ولا شيء للآخر، قال أشهب: إلا أن يدفعه لمن أقر له به أولا فيغرم للثاني قيمته.

قال المازري: هذا نفس القول بأن لا غرم على المقر لكونه إتلافًا بالقول دون فعل، وقد اختلف في قتل البينة بزنا محصن رجم بشهادتها؛ لرجوعها عن شهادتها مقرةً بتعمد الكذب بناءً على أن القول الموجب لأمر كفعله أولا.

ومن قال في ثوبين بيده: أحدهما لفلان، فإن عين له أجودهما أخذه، وإن عين أدناهما وصدقه فكذلك دون يمين، وإن أكذبه أحلفه، وإن شك وادعى المقر له أدناهما أخذه دون يمين، وإن ادعى أجودهما ففي أخذه بيمين أو دونها.

نقلا ابن رُشْد عن ابن القاسم في تضمين الصناع: مع سماع عيسى في كتاب الدعوى ومحمد: وإن شكا ففي سماعه عيسى يحلفان وإن حلفا أو نكلا أو حلف أحدهما كانا شريكين.

ابن رُشْد: هذا على لحوق يمين التهمة ورجوعها لتهمة كل منهما صاحبه أنه يعلم أجودهما له فشركتهما بحلفهما أو نكولهما واضح لاستوائهما، وإن نكل أحدهما فكذلك؛ لأن نكول أحدهما يوجب رد اليمين على صاحبه أن لا حق له؛ لأن يمين التهمة إنما ترجع على البت وهو قد نكل عنها بحلفه أنه لا يعلم أنهما له، وعلى عدم لحوق يمين التهمة يكونان شريكين دون أيمان، وعلى لحوقها وعدم رجوعها إن نكل المقر وحلف المقر له كان له أجودهما، وفي العكس أدناهما.

وفي السماع لعيسى عن أشهب: إن نكلا كان للمقر له أدناهما، وكذا حكاه المازري عنه، ووجهه بأنه بناءً على أن ما شك فيه المقر ساقطٌ بأصالة براءة الذمة، والآخر بناءً على أن تساويهما كمالٍ تداعياه فيقسم بينهما.

قُلتُ: هذا يعم قول أشهب في نكولها وحلفها.

ويرد توجيهه إياه بأصالة براءة الذمة بأن تعلق إقرار المقر إنما هو بمعينٍ لا بشيء في ذمته، وتوجيهه بأصالة دلالة يد الحوز على الملك واستصحابه حتى يترجح رافعه أقرب ولعله مراده.

والاستثناء في الإقرار على قواعده وتقدم منه في الطلاق، وإيجاز تحصيله جواز استثناء الأقل في غير العدد اتفاقًا.

وفي كونه فيه كغيره وقصر جوازه على استثناء الكسر أو شبهه ككون المستثنى قبل المستثنى منه بمرتبتين قولا الأكثر، ونقل الآمدي عن بعضهم مع قول ابن الماجِشُون.

وفي جوازه في المساوي قولا الأكثر والأقل مع أحد قولي ابن الطيب.

وفي جواز الأكثر قولا الأكثر والأقل مع ابن الماجِشُون وأحمد.

المازري: اعتذر بعض الأشياخ عن ابن الماجِشُون فإنه لم يخالف في حكمه، وإنما خالف في استعمال العرب إياه وأنه يقول في القائل له علي مائة درهم إلا تسعين إنما تلزمه عشرة.

قُلتُ: وحكى في المحصول والمستصفى الإجماع على لزوم واحد فقط في علي عشرة إلا تسعة، ورده ابن التلمساني بأن خلاف أحمد يمنع تقرر الإجماع.

وأخذ ابن عبد السلام مثل ما تؤول عن ابن الماجِشُون من منع استثناء الأكثر لغة مع إعمال حكمه من قول مالك في أكرية الدور: من أكرى مساكن له واستثنى ربعها بربع الكراء أو ربعها بغير كراء جاز؛ لأنه إنما باع ربعها، ولا ينظر إلى اللفظ إذا صح العمل يرد بأن لفظها في الأم.

قُلتُ: إن اكتريت منك مساكن واستثنيت ربعها بربع الكراء، أو ربعها بغير كراء، أيجوز في قول مالك؟

قال: لا أرى به بأسًا، وكذا الرجل يبيع الدار ويستثني ثلاثة أرباعها أنه جائز؛ لأنه إنما باع ربعها، وهذا قول مالك؛ لأنه إذا صح العمل لم ينظر إلى لفظهما.

قُلتُ: فقوله إذا صح العمل إلخ يحتمل عوده إلى لفظهما في استثناء الأكثر فيصح الأخذ، ويحتمل عوده إلى عدم سقوط مناب المستثنى من الثمن إذا لم ينص على

سقوطه؛ لأنه المتعارف بينهما، وهو خلاف ظاهر لفظهما؛ لأن ظاهره يوجب سقوط المستثنى من الثمن.

وبيانه أن قوله أكريت منك هذه الرباع بأربعة دنانير إلا ربعًا ظاهر في أن الثمن المذكور إنما هو لجملة الربع، فإذا أخرج ربعه بالاستثناء وجب سقوط منابه من الثمن كاستحقاقه، لا لأن عرف تخاطبهما دل على خلافه، فيكون قوله: ولا ينظر إلى لفظهما راجعا إلى هذا لا إلى استثناء الأكثر، ويؤيد ترجيح هذا الاحتمال ومساواته الأول المانعة من ترجيح الأول عليه إنه هو المسئول عنه في لفظ السائل وليس لفظ سؤال عن استثناء الأكثر بوجه فتأمله.

وفي المستغرق طريقان الأكثر على نقل الاتفاق على منعه.

القرافي: حكى ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل فيمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا قولين، أحدهما أنه استثناء ينفعه، والآخر لا ينفعه ويلزمه الثلاث.

القرافي: نص العلماء على منعه في المذكور بعينه عطفًا كقوله قام زيد وعمرو وخالد إلا عمرًا، وجوز أصحابنا أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحده إلا واحدةً، وما علمت فيه خلافًا.

قُلتُ: ابن الماجِشُون يمنعه؛ ولكن يتم السؤال بجواز البعض فضلا عن الأكثر لاتفاقهم على منعه في عين المعطوف.

قال: وعللوا جوازه في العدد بأن للثالث عبارتان الثلاث وواحدةٌ وواحدةٌ وواحدةٌ، فكل ما صح في الثلاث صح في المعطوفات، ولأن خصوص الوحدات ليست مقصودة عند الفقهاء بخلاف زيد وعمرو، ويلزم على هذا إن قال له: علي درهمٌ ودرهمٌ ودرهمٌ إلا درهمًا لا يلزمه إلا درهمان؛ لأن الدنانير والدراهم لا تتعين ولم أر لهم فيه نقلًا.

قُلتُ: قوله لم أر لهم فيه نقلًا قصورٌ لنقل المازري في كتاب الإقرار ما نصه: في قول الرجل له عندي درهمٌ ودرهمٌ ودرهمٌ إلا درهما مسلكان.

قال بعض العلماء: لا يلزمه سوى درهم؛ لأنه في قوله: له عندي ثلاثة دراهم، ولا فرق عند العرب بين قوله ثلاثة دراهم وعبارة الثلاثة، ولأن بعض النحويين جعلوا

جاءني الزيدون بدلًا من جاءني زيد وزيد وزيد، وقال بعضهم: هو كاستثناء كلٍّ من كلٍّ فيبطل.

وفي النوادر: قال ابن سَحنون: من أقر بألف درهم إلا مائتي درهم وعشرة دنانير إلا قيراطًا، فإن المائتي درهمٍ والعشرة دنانير إلا قيراطًا كلاهما استثناء من الألف الدرهمِ في قول سَحنون وأهل العراق.

وإن أقر بألف درهم ومائة دينار إلا مائة درهم وعشرة دنانير فاستثناؤه جائز، وعليه تسعمائة درهم وتسعون دينار عند بعض أصحابنا وأهل العراق، وقال آخرون المائة درهم والعشرة دنانير تحط من المائتين، وقال ابن عبد الحكم: بالقول الأول.

قلت قوله: قوله قال في الأول نص في تغاير القولين، ولا تغاير بينهما في قدر ما يلزمه منهما بل فيما يتفرع عليهما.

قال ابن سَحنون: إن أقر بألف درهم ومائة دينار إلا ألف درهم فقيل: استثناؤه باطل كمن استثنى جميع أحد النوعين، وقيل: يجوز وتحط الألف درهمٍ من المالين، ولا يلزمه إلا مائة دينار، قال: وإن أقر بألف درهم ومائة دينار إلا درهمًا جاز في إجماعنا.

قال بعضهم: والاستثناء من الدراهم، وقال سَحنون: يحط من المالين درهم، وإن كان الإقرار لرجلين بطل الاستثناء من الأول ويكون كمن سكت ثم استثنى، وإن استثناه من الأجزاء وأبهم استثناءه جعلناه منه وجاز.

المازري: إن قال: صرفته جملتين فض عليهما المستثنى، فما ناب الأول بطل، وما ناب الجملة الثانية صح.

وإن أقر بألف درهم إلا مائة وخمسين أدى تسعمائة وحلف في الخمسين، فإن نكل حلف الطالب أن استثناءه المائة باطل وأخذ تسعمائة وحلف في وخمسين، فإن نكل أخذ تسعمائة.

قُلتُ: كذا وجدت هذا الفرع في نسختين من النوادر عتيقتين بلفظ: فإن نكل حلف الطالب أن استثناءه المائة باطل وأخذ تسعمائة.

وصوابه استثناءه الخمسين التي هي نصف المائة، وتقريره أن الخمسين في لفظ المقر يحتمل كونها معطوفة على المستثنى منه، فيجب عليه غرمها مع التسعمائة الواجبة

عليه، وهي الباقية عليه بعد استثنائه المائة من الألف، فيكون الواجب عليه على هذا التقدير تسعمائة وخمسين، ويحتمل كونها معطوفة على المائة المستثناة فتكون مسقطة مع المائة من الألف، والاحتمال الأول كدعوى عليه فيحلف على نفيه ليسقط عنه غرم الخمسين زائدة على التسعمائة، فإن نكل انقلبت اليمين على الطالب، فيحلف أن استثناءه الخمسين باطل، فيثبت كونها معطوفة على المستثنى منه فيجب له عليه تسعمائة وخمسين.

المازري: من قال لزيد: علي مائة دينارٍ ومائة درهمٍ إلا دينارًا، في حط الدينار من الدنانير أو من مجموع المالين قولان، وعليهما لو قال: له علي ألف درهم ومائة دينار إلا ألف درهم ففي بطلان استثنائه قولان، بناء على أن استثناء الألف من الألف أو من المجموع منهما ومن المائة كالقولين في له عندي كر حنطةٍ وكر شعيرٍ إلا كر حنطةٍ وقفيز شعيرٍ بلزوم كر حنطةٍ وكر شعيرٍ، مسقطًا منه قفيز شعيرٍ للغو استثناء كر حنطةٍ؛ لأنه مستغرقٌ بصرف الاستثناء لآحاد الجمل لا لمجموعها وعدم لزومه بصرف الاستثناء للمجموع، فلا يلزمه إلا باقي كر الشعير عن إسقاط قفيز منه.

وتكرر الاستثناء بغير عطف قالوا على صحته من العدد وصحة استثناء الأكثر وكونه من النفي إثباتًا لو قال له علي عشرةٌ إلا تسعةً إلا ثمانيةً، ثم كذلك إلى واحدٍ لزمه خمسةٌ.

قُلتُ: ضابطه أن تطرح مجموع كل استثناءٍ هو وترٌ من مجموع كل استثناء هو شفعٌ مع المستثنى منه أولا فما بقي فهو الجواب، ومجموع كل استثناء هو وترٌ في مسألتنا هو خمسةٌ وعشرون مجموع تسعةٍ وسبعةٍ وخمسةٍ وثلاثةٍ وواحدٍ فذلك خمسةٌ وعشرون صح، ومجموع كل استثناء هو شفعٌ في مسألتنا هو ثمانيةٌ وستةٌ وأربعةٌ واثنان فذلك عشرون إلى المستثنى منه أولًا، وهو عشرةٌ جميع ذلك ثلاثون، اطرح منها المجموع الأول وهو خمسةً وعشرين، الباقي خمسةٌ وهو الجواب المقر به.

فلو قال له عندي عشرة إلا سبعةً إلا خمسةً إلا واحدًا فالاستثناء الوتر فيها سبعةٌ وواحدٌ، فذلك ثمانيةٌ تطرحها من الاستثناء الشفع وذلك خمسةٌ فقط مع المستثنى منه أولا، وذلك خمسة عشر، الباقي سبعةٌ وهو الجواب.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أقر بدار بيده أنها لفلان إلا بيتًا معلومًا فإنه لي قبل استثناؤه، وكذا إلا تسعة أعشاره، ومثله لمحمد بن سَحنون عنه مع أشهب: من قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي صدق إن كان كلامه نسقًا.

ابن عبد الحَكم عن أشهب: إن قال جميع الدار لفلان ونصفها لي صدق، وكذا في الموازيَّة.

ابن عبد الحَكم: لو قال غصبته جميع هذه الدار وبيتها لي لم يقبل، وقد أقر بغصبه جميعها، كأنه قال: غصبتك بيتا هو لي، ولو قال: هذه الدار لفلان ولكن بيتًا منها لي صدق مع يمنه.

ابن عبد الحَكم عن أشهب: قوله: غصبت هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو بيت منها لي، أو قال: في الجبة بطانتها لي إذا نسق الكلام، مثل قوله هذا الخاتم لفلان وفصه لي.

والاستثناء من غير الجنس.

قال المازري: مذهبنا صحته، بان سَحنون لو قال: له علي مائة دينار إلا عشرة أقفزةٍ قمحًا في صحة استثنائه ولغوه قولان، وأشار إلى أن قوله: علي ألف درهم إلا عشرة دنانير متفقٌ على جوازه فيسقط المستثنى من المستثنى منه بصرفهما، وعلى صحته في القمح من الدنانير تسقط قيمته منها، وكذا في مائة دينارٍ إلا عبدًا أو ثوبًا يصفهما المقر تطرح قيمتها، وكذا في قوله عندي عبدٌ إلا ثوبٌ تطرح قيمة الثاني من الأول.

واختار بعض حذاق الأشياخ لغو استثنائه من غير الجنس وعده نادمًا.

[كتاب الاستلحاق]

الاستلحاق: ادعاء المدعي أنه أبٌ لغيره[1]، فيخرج قوله: هذا أبي وهذا أبو فلان.

[باب مبطل الاستلحاق]

ويبطله مانع العقل ككونه ممن ليس بأسن ممن ادعى أنه ابنه، والعادة ككونه لم يدخل حيث ولد من ادعى أنه ابنه، أو الشرع كشهرة نسبه لغيره[2].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ادعاء المدعي) جنس يشمل ادعاء الأجنبي والجد والأم.
قوله: (أنه أب) أخرج به من ذكر فإن ذلك خاص بالأب.
قال الشَّيخ: ويخرج قوله هذا أبي وهذا أبو فلان، ويخرج عنه أيضًا قول الرجل لولده هذا ولدي؛ لأنه ليس بادعاء؛ لأن الادعاء إنما يكون فيما جهلت الدعوى فيه.
(فإن قلت): لو قال الشَّيخ ﷺ: ادعاء شخص أن إنسانًا ولده لصح، وكان أخصر فلأي شيء عدل عن ذلك.
قُلتُ: لعله رأى أن التصريح بالمدعي له مدخل، وفيه جنس وأخراج بخاصية ففيه رسم تام.
(فإن قلت): حقه أن يذكر ما يخرج به كثيرًا من صور مذكورة في الاستلحاق، فإنها ليست من الاستلحاق.
قُلتُ: ليست من الاستلحاق الصحيح، فإنه فيه صحيح وفاسد ورسمه أعم من ذلك.
(فإن قلت): إذا خرج من دار الحرب، وقال: هؤلاء أولادي، فقد قال ابن المواز: لا يصح أن يكون استلحاقًا حتى يعلم أنه تزوج أمهم أو ملكها.
قُلتُ: قال ابن رُشْد: المشهور المعلوم من قول ابن القاسم أن ذلك استلحاق في المَدَوَّنة وغيرها.
(فإن قلت): الاستلحاق استفعال واصله طلب لحوق شيء، والادعاء إخبار بقول يحتاج لدليل والأخبار غير الطلب.
قُلتُ: الاستلحاق أصله في اللغة كما ذكر، وفي عرف الفقهاء غلب فيما ذكره الشَّيخ؛ فلذلك عرفه بما يناسبه وذكر فيه الجنس المناسب لمعناه في العرف، والله سبحانه يوفقنا للفهم عنه بمنه.
(2) قال الرَّصاع: قال رَحِمَهُ اللهُ: (مانع العقل أو العادة أو الشرع)، أما مانع العقل فكما إذا كان المستلحق صغيرًا واستلحق أكبر منه ومانع العادة كما إذا علم من حاله إنه لم يدخل بلد الولد لبعدها والشرع كما إذا كان الولد اشتهر بنسبه لغيره وتأمل ما فسر به الشَّيخ الأول ومثل به ما ذكرناه.
(فإن قلت): بقي على الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ مانع آخر وهو تكذيب المستلحق لمن استلحقه.
=

فيها: من باع صغيرً ثم أقر أنه ابنه صدق في قول مالك، ولو لم يولد عنده إلا أن يتبين كذبه كمن ولد بأرض شرك وأتى به فادعاه من لم يدخل تلك البلدة قط، أو تقوم بينةٌ أن أمه لم تزل زوجةً لفلان حتى ماتت، ولو شهدت أنها لم تزل ملكا لفلان فلا أدري، ولعله يتزوجها.

وفيها: ما لم يتبين كذبه أو يكون للولد أبٌ معروفٌ.

الشَّيخ لأَصْبَغ في كتاب ابن سَحنون عنه والعتبيَّة: يجوز استلحاقه لولد الصلب في صحته أو مرضه كان له ولد أم لا.

ابن الحاجب وابن شاس: ولا كلام للمستلحق ولو كان كبيرًا، فقبله ابن عبد السلام وابن هارون دون ذكر خلاف فيه، وذكرنا في اختصار الحوفية أن في شرط الاستلحاق بتصديق المستلحق إذا كان الولد ممن يعقل ذلك طرقًا.

الأولى: لابن خروفٍ والحوفي اشتراطه.

الثانية: للبيان وابن شاس لا يشترط.

الثالثة: للصقلي يشترط في مجهول حوز الأم لا في غيره.

وفي أمهات الأولاد منها: ومن ولد عنده صبيٌّ فأعتقه، ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به وإن كذبه الولد.

وفي الشهادات منها: من ادعى على رجل أنه ولده أو والده لم يحلف له، فظاهره شرط التصديق، وكذا قولها في الولاء والمواريث: من ادعى أنه ابن فلان أو أبوه وأنه مولاه من فوق أو من أسفل وفلان يجحد فله إيقاع البينة عليه، ويقضى له به.

وفي باب الإقرار بالولد من كتاب الإقرار من النوادر قال محمد: من ادعى في ولد بيد امرأة أنه ولده منها، فقالت: بل هو ولدي من غيرك ولم تسم أحدًا، فإن لم بحزه نسبٌ لحق بمستلحقه إن لم يبين كذبه، وإن سمت غيره وحضر فادعاه كان أحق به إن

قُلتُ: ذكر في ذلك طرقًا في المذهب ظاهر المدَوَّنة على ما ذكره أن ذلك شرط، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

كانا طارئين، وإلا نظر من كان يعرف بحوزها فإن لم تكن في حيازة أحد كان ولد زنًا، ولم يلحق بواحد منهما.

قُلتُ: هذا يأتي على القول بشرط الاستلحاق بثبوت تقدم نكاح المستلحق أم الولد أو ملكه إياها وهو منافٍ لقوله أولًا إن لم تسم أحدًا لحق الولد بمستلحقه فتأمله.

واستلحاق الأم لغوٌ، ولابن رُشْد في نوازل سَحنون من كتاب الاستلحاق: ولا خلاف أعلمه أن المرأة لا يجوز لها استلحاق.

وفي القذف منها: إن نظرت امرأةٌ إلى رجل فقالت: ابني ومثله يولد لها، وصدقها لم يثبت نسبه منها إذ ليس هنا أبٌ يلحق به.

وفي الولاء منها: إن جاءت امرأة بغلام مفصولٍ فادعت أنه ولدها لم يلحق بها في ميراث ولا يحد من افترى عليه بها، واستلحاق اللقيط مذكور في فصل اللقيط.

وفي نوازل أَصْبَغ: لا يصح استلحاق الجد كقوله هذا ابن ابني وابنه ميت.

ابن رُشْد: هذا كما قال: إنه لا يجوز للرجل أن يلحق بولده ولدًا هو له منكرٌ، وقيل: إن استلحق الجد ولد ولده لحق به، حكاه التونسي في كتابه، وليس بصحيح إلا على ما أذكره، فإن قال: هذا ابن ولدي أو ولد ابني لم يصدق وإن قال: أبو هذا ابني أو والد هذا ابني صدق؛ لأن الرجل إنما يصدق في إلحاق ولدٍ بفراشه لا في إلحاقه بفراش غيره، وهذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه.

قُلتُ: قال الباجي: قال مالك في كتاب ابن سَحنون: لا يصح استلحاق الجد ولا يصح إلا من الأب.

سَحنون: ما علمت فيه اختلافًا، وقال أشهب: يستلحق الأب والجد.

قُلتُ: زاد الشَّيخ فيها: قال أشهب: من له ابن فمات وبيده صبي فقال الجد: هو ابن ابني لم يصدق في نسبه؛ لأن الأب لم يدعه فكأنه نفاه، هذا إن كان مع الابن وارث غيره، ولا ينبغي للجد أن يأكل من ثمنه شيئًا إن صدق، وإن لم يكن معه وارثٌ غيره عتق عليه ولا يثبت له بذلك نسبه.

ابن رُشْد في رسم باع غلامًا من سماع ابن القاسم: من استلحق من يشبه أن يكون

ابنه وعرف ملكه أمه إن كانت أمةً أو تزويجه إياها إن كانت حرةً، وأتت به لما يشبه أن يكون منه، ولم يحزه غيره بنسب لحق به اتفاقًا، وإن لم يعلم ملكه لأمه ولا تزويجه إياها وأشبه أن يكون ابنه فاختلف فيه قول ابن القاسم.

قال في سماعه عيسى: من خرج من دار الحرب بعد إقامته بها سنين بذرية.

قال: هؤلاء أولادي جاز إقراره بهم.

ابن رُشْد: هذا كما قال: وهو المشهور المعلوم من مذهب ابن القاسم في المدَوَّنة وغيرها، وعلى ما حكاه محمد عنه لا يلحق به إلا أن يعلم أنه تزوج أمه أو اشتراها.

الباجي: إن لم يعرف له ملك أمه بنكاح أو ملك، فقال ابن القاسم حرة يلحق به ما لم يبين كذبه ولم يكن له نسب معروف، وبه قال مالك، ولابن القاسم أيضًا: لا يلحق به حتى يتقدم على أمه ملكٌ أو نكاحٌ يجوز أن يكون منه وليس له نسبٌ معروفٌ، وبه قال سَحنون.

وسمع عيسى ابن القاسم: في قوم من أهل الحرب يسلمون جماعةً يستلحقون أولادًا من الزنى، قال: إن كانوا أحرارا لم يدعهم أحدٌ لفراش لحقوا به، وقد ألاط عمر بن الخطاب من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه سيد الأمة أو زوج الحرة فهو أحق، وكذا النصارى يسلمون لاستحلالهم الزنى.

قُلتُ: فإن استلحق رجل منهم ولد أمة مسلم أو نصراني قال: ألحقه به، فإن عتق يومًا ما كان ولده وورثه.

ابن رُشْد: قوله أولًا إن كانوا أحرارًا يدل على أنهم إن كانوا عبيدًا لم يلحقوا به، ومثل هذا في أمهات الأولاد من المدَوَّنة، وهو خلاف قوله آخر المسألة ألحقه به فإن عتق يومًا ما كان ولده وورثه، وقوله آخر المسألة هو الصحيح إذ لا يمتنع كونه ابنًا لمن استلحقه وعبدا لمن هو في يده، وفي كلامه تقديم وتأخير وحقيقته ألحقه به ويكون ولده، فإن عتق يومًا ما ورثه.

أبو عمر: كان عمر يليط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش؛ لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك، وأما اليوم في الإسلام فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه

عند أحد من العلماء كان هناك فراش أم لا.

الباجي: كان النكاح في الجاهلية على أربعة أضرب:

الأول: الاستبضاع وهو أن يعجب الرجل بنجابة الرجل ونبله فيأمر من تكون له من أمة أو حرة أن تبيح له نفسها، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصًا على نجابة الولد.

الثاني: أن تكون المرأة لا زوج لها فيغشاها جماعة، فإذا حملت دعتهم، وقالت لأحدكم: هذا منك، فيلحق به ولا يمكنه الامتناع منه.

والثالث: البغايا كن يجعلن الريات على مواضعهن فيغشاها من شاء الله، فإن استمر به حمل قالت لأحدهم: هو منك فيلحق به.

والرابع: النكاح الصحيح، أبطل الإسلام الثلاثة المتقدمة.

ومن استلحق من قدم من بلد لم يعرف دخوله إياها ولا عدمه، ففي صحة استلحاقه نقلا اللخمي قولي ابن القاسم قال: وعلى صحته يصدق في المحمولين، ومنعه ابن القُصَّار والأول أحسن، اتذهب والمحمولون كالطارئين من بعض بلاد المسلمين، ولا خلاف أنه يصدق في استلحاقه، وإنما لا يصدق في الولادة التي تكون بين أظهرنا؛ لأنه لا يخفى النكاح إلا أن يكون المصر كبيرًا.

قُلتُ: نقل اللخمي قولي ابن القاسم نحو قول عياض، اختلفت الرواية فيما ظاهره كذبه مع تجويز صدقه كادعائه من ولد بأرض الشرك اختلفت الرواية فيه في غير موضع من الكتاب إن عرف أنه لم يدخل تلك البلاد قط لم يصدق، وهذا الذي يعرف كذبه فقصر تبين كذبه على علم أنه لم يدخلها، وتحققه وإن لم يعلم ذلك فبخلافه.

وقال في موضع آخر: إن لم يعلم دخوله لم يصدق، فعلى هذا لا يصدق مع الإشكال.

ومثله قوله: في مدعي غلام قامت البينة أن أمه لم تزل ملكًا لغير مستلحقه حتى هلكت لعله كان تزوجها لا أدري ما هذا، وفرق بينه وبين إذا قامت البينة أنها لم تزل زوجة لفلان، فجعل ذلك مثل ما يولد بأرض الشرك.

وقال بعض الشُيُوخ: لا فرق بين المسألتين والحرة والأمة في ذلك سواء إذا لم يكن نسب معروف.

ولو استلحقه بائعه بعد عتقه مشتريه، فقال ابن القاسم أول الباب: إن أكذبه من أعتقه لم يصدق، وقال بعده: إن لم يتبين كذب البائع قبل قوله، هو قول غيره وهو أشهب ورجحه سَحنون، وقال: هو أعدل قوليه.

قال ابن الحاجب: وقال سَحنون: لا يقبل إذا لم يتقدم نكاحٌ أو ملكٌ يمينٍ، ولو استلحق ذا مال وله وارثٌ لم يرثه، وكذا إن لم يكن وارثٌ على الأصح بناء على أن المسلمين كالوارث أولا، فقال ابن هارون: يعني أن هذا الولد المستلحق مريض وله مال، وإن لم يكن له مال فلا تهمة في استلحاقه، وإن كان له مال وله وارث لم يجز استلحاقه لتهمته بحرمان الوارث وتنقيصه.

قُلتُ: ظاهر كلام ابن هارون أنه حمله على الإقرار بالولد لا بوارث غيره، وأن فاعل لم يرثه عائد على المقر وهذا هو الصواب لا غيره لوضوح دلالة لفظ ابن الحاجب عليه، إلا أن في كلام ابن هارون أن حمله على الإقرار لا بوارث غيره عليه وهمًا لا يليق بمثله، وهو قوله: إن كان له مال وله وارث لم يجز استلحاقه فإنه خلاف المنصوص.

في نوازل سَحنون: إن هلك ابن الملاعنة وترك ابنةً وعصبةً، ثم استلحق الأب ابنة الميت لحقت بجدها وأخذ من العصبة النصف الذي أخذوه من ميراث ولده.

ابن رُشْد: هذا كما قال؛ لأن استلحاقه لابنه الميت الذي لاعن فيه استلحاق لابنته فتلحق بجدها كقوله في المدَوَّنة: إن للملاعن أن يستلحق ولده الذي لاعن فيه بعد موته ولا يتهم على استلحاقه إن كان له ولد ذكر أو أنثى وإن ورث معها النصف، إذ قد يكون مال الذي ترك ولدًا ذكرًا مالًا كثيرًا سدسه أكثر من نصف الذي ترك ابنه، الوهم الثاني في كلامه التهمة بحرمان الوارث، أو تنقيصه وبيانه أن الاستلحاق إنما هو من الوارث لا من الموروث والتهمة في حقه إنما هي دعواه الإرث لنفسه لا حرمان الوارث.

والتعليل في كلام أهل المذهب بحرمان الوارث إنما هو إذا كان المستلحق

الموروث لا الوارث فتأمله منصفًا.

وقال ابن عبد السلام: إن أراد ابن الحاجب أن ذلك في مرض المقر به أو بعد موته بذلك ظاهرٌ لقوة التهمة، وإن كان في صحته فهي تهمة ضعيفة، وتقدم شيء من هذا في اللعان.

قال: ومفهوم كلامه إن لم يكن له مال قبل، وفي معناه المال القليل.

وهذا منه قبول لقول ابن الحاجب لم يرثه، فإن كان حمله على استلحاق الوالد الولد لزمه من الوهم ما لزم ابن هارون، وإن حمله على الإقرار بوارث وهو ظاهر قوله؛ لأن من لا وارث له معروف؛ اختلف أهل المذهب هل يقبل إقراره لرجل بأنه وارثه أم لا؟ فهو بعيد من لفظ ابن الحاجب جدا؛ لأن مسألة الإقرار بوارث إنما اعتبروا فيها المال من حيث كونه للمقر لا من حيث كونه للمقر له، وابن الحاجب إنما ذكره من حيث كونه للمقر له.

والحق أن ظاهر كلام ابن الحاجب في هذه المسألة وهم، وأما ابن شاس فصرح بكونها مسألة الإقرار بوارث المشهورة في المذهب في كتب فقهه وفرائضه، وإيجاز تحصيلها أن إقرار من يعرف له وارث يحيط بإرثه ولو بولاء بوارث لغو اتفاقًا، وإن لم يكن له وارث أو كان ولم يحط كذي بنت فقط ففي إعمال إقراره قولان، لابن القاسم في سماعه من كتاب الاستلحاق مع ابن رُشْد عن قوله فيها مع غيرها، وسَحنون في نوازله والباجي عن جمهور أصحاب مالك ومالك وأَصْبَغ، وأول قولي سَحنون وثانيهما مع أشهب.

والمعتبر في ثبوت الوارث وعدمه إنما هو يوم موت المقر لا يوم الإقرار قاله أَصْبَغ في نوازله، ولم يحك ابن رُشْد غيره، وبالأول أفتى ابن عتاب مستدلًا بقول ابن القاسم في العتبيَّة.

قال ابن سهل: وسئل أيضًا عن مسألة من هذا النوع فأفتى مذهب ابن القاسم أن من أقر أن فلانًا ابن عمه لا يثبت نسبه بهذا الإقرار، وإنما له المال بعد الثاني إن لم يأت له طالب.

قال: ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون وأَصْبَغ: من أقر في مرضه أن فلانًا أخوه وفلانًا مولاه ميراثه لمولاه دون أخيه فغلبا الإقرار بالولاء على الإقرار بالنسب؛ لأن الإقرار بالولاء حق من الحقوق أقر به، والإقرار بالأخ استلحاق ولا يكون إلا في الولد فقط، وقول أشهب أنه لا يستحق الإرث إلا من يستحق النسب، وبهذا قال ابن لبابة، وهو القياس إلا أن العمل جرى على قول ابن القاسم.

وقال المتيطي في قول ابن القاسم: هو شاذ واستحبه بعض القرويين في زمانه، قائلًا ليس ثم بيت مال.

قُلتُ: نقل المتيطي هو نقل الصقلي في كتاب الفرائض معبرًا بقوله: قال شيخنا عتيق - إلى قوله -: وقال: أنكر أنا نستحب في زماننا هذا أن المقر له أولى من بيت المال.

قُلتُ: فهو قول ثالث في المسألة، وما عزاه ابن رُشْد لابن القاسم في المدَوَّنة مثل قوله في سماع عيسى لا أعرفه فيها بحال، ولذا لم يعزه ابن سهل للمدَوَّنة وإنما فيها مسألة الإقرار بالولاء، وقد فرق ابن الماجِشُون وأَصْبَغ بينهما، وعلل ذلك ابن سهل بأن الإقرار بالولاء أقوى؛ لكن في نوازل أَصْبَغ: من أقر بأخ ثم بولاء لرجل ثم مات أو أقر بأخ ثم ثبت الولاء ببينة فالنسب أولى بكل حال كان هو الأول أو الثاني.

ابن رُشْد: قوله النسب أولى بكل حال لا يعود على مسألة ثبوت الولاء ببينة، إذ لا خلاف أنه لا يجوز الإقرار بوارث إذا كان للميت وارث معروف بنسب أو ولاء، بل على مسألة الإقرار بهما فرأى النسب أولى ولو تأخر؛ ومعناه عندي: إن قال فلان مولاي ولم يقل أعتقني؛ لأنه إن قال: أعتقني ثبت له الولاء والمال، وإن لم يقل أعتقني ثبت له المال دون الولاء قاله سَحنون، فهاهنا يقدم الإقرار بالنسب على الولاء ولو تأخر النسب، وعلى هذا لو قال: فلان أخي وفلان ابن عمي كان الأخ أولى بالميراث ولو تأخر؛ لأن الإقرار بهما كقيام البينة بهما، ورأى ابن الماجِشُون أن الإقرار بالولاء أولى من الإقرار بالنسب، ظاهره وإن لم يقل أعتقني وسنزيد المسألة بيانًا في نوازل سَحنون من كتاب الولاء.

قُلتُ: قال سَحنون فيه: إن قال فلان مولاي أعتقني ثبت الولاء والإرث كقيام البينة وقدم على الإقرار بالنسب ولو تأخر عنه أو كان في المرض.

قال ابن رُشْد: على ظاهر قول أَصْبَغ في نوازله أن الولاء لا يثبت بالإقرار، ولو قال: أعتقني ففي تقديم الإقرار بالنسب على الإقرار بالولاء، ثالثها إن لم يقل أعتقني وإلا فالعكس لظاهر قول أَصْبَغ، وقول ابن الماجِشُون وسَحنون في نوازله.

قُلتُ: فعلى تقديم الإقرار بالنسب على الولاء يصح عزو ابن رُشْد للمدَوَّنة.

ومن أقر لرجلين أنهما أخواه أو ابنا عمه الوارثان له، ثم مات أحدهما ثم مات المقر، فقال ابن سهل: أفتى ابن مالك وأبو المُطَرِّف وابن القطان باستحقاق الباقي إرث جميع متروك المقر، ودليله في نوازل أَصْبَغ، وأفتى ابن عتاب وابن أبي زعبلٍ أنه ليس له إلا نصف متروكه.

قال ابن عتاب: وجوابي هو جواب الشُيُوخ قبلي؛ لأنه على أصل ابن القاسم، إنما أقر له بمال.

وقال ابن أبي زعبل: كما لو أقر له بمال، ثم قال ابن مالك: أفتيت ببطليوس عمن أقر بأخ أو غيره فمات المقر له في حياة المقر وخلف ولدًا أنه لا يرث المقر لما في نوازل أَصْبَغ من الاستلحاق، وبه أفتى واحد من أهل بطليوس وقاله ابن عتاب، وأفتى أكثر أهل بطليوس أن الولد يرث المقر.

قُلتُ: قول ابن مالك ودليله في نوازل أَصْبَغ ليس فيها ما يصلح دليلًا على ذلك إلا ما ذكرناه من نوازل أَصْبَغ، وفي إقامة ذلك من قوله نظر.

قال ابن رُشْد في رسم باع غلامًا سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق: وقد قيل أن الميراث لا يكون إلا بعد يمينه إن ما أقر له به المتوفى حق ويقوم ذلك من قولها في كتاب الولاء، فيمن ادعى ميراث من لا وارث له وأقام شاهدا له بنسبه منه، فقول ابن القاسم فيها أنه يحلف ويستحق المال دون النسب ويحلف على هذا المقر له مع المقر به وإن لم يكن عدلًا رعيًا لقول أهل العراق إن من لا وارث له جائز له أن يوصي بجميع ماله لمن أحب.

قُلتُ: ما أشار إليه من التمسك بقولها في كتاب الولاء هو قول ابن سهل، كان ابن مالك يفتي فيمن أقر بوارث سماه، ثم مات أن المقر له يحلف أن الذي أقر له به الميت من قرابته منه وأنه وارثه حق، واستدل بقولها في كتاب الولاء: فيمن ادعى في ميت ترك ابنتين أنه مولى أبيهما، وأقر باله بذلك ولا وارث لأبيهما معهما لا بنسب ولا ولاء أنه يحلف معهما إن كانتا عدلتين واستحق المال.

قال ابن المواز: بعد الثاني ولا يستحق الولاء، وقال غيره: لا يحلف مع البنتين؛ لأن شهادتهما على عتق ولا يثبت المال إلا بعد ثبوت الولاء، ولو أقرتا له أنه مولاهما ورثهما إن لم يكذبهما.

قال محمد: بعد يمينه، وأنكر ابن عتاب فتوى ابن مالك بيمينه وقال: لم يقله أحد، وعلى إعمال الإقرار بوارث إن أقر به معينًا وجه نسبه إليه كقوله هذا أخي شقيقًا أو لأب أو لأم فواضح، فإن أجمل ففيه اضطراب.

في نوازل أَصْبَغ إقراره بأخ أو ابن عم أو مولى أو أنه وارثه جائز، للمقر له الإرث إن أحاط به ولو أقر في مرضه.

ابن رُشْد: قول بعض أهل النظر تسوية أَصْبَغ بين قوله: فلان وارثي وفلان أخي وابن عمي خلاف، منع ابن القاسم فيها شهادة البينة حتى تقول أعتقه غير صحيح؛ لأن معنى قول ابن القاسم إنما هو إذا سئلوا فأبوا أن يفسروا، ولو ماتوا قبل سؤالهم جازت شهادتهم وقضي بها، وهو قول أشهب.

والذي أقوله على مذهب ابن القاسم أنه إن قال: فلان وارثي ولم يفسر ومات، أن له جميع الميراث إن كان المقر ممن يعلم من يرثه ومن لا يرثه، وجاهل ذلك لا يرثه بذلك حتى يقول وارثي وهو ابن عمي، أو ابن ابن عمي، أو ابن ابن عم عمي، أو ابن ابن عم عمي، أو ابن عم عم عم عمي، أو مولاي أعتقني، أو أعتق أبي، أو أعتق من أعتقني، أو من أعتق أبي، أو ولد من أعتقني، أو من أعتق أبي، أو من أعتق من أعتق أمي، أو من أعتق من أعتقني، وكذا إن قال: فلان أخي قاصدًا إلى الإشهاد له بالإرث، كقوله: أشهدكم أن هذا أخي يرثني، وكذا لو قيل له: هل لك وارث؟

فقال: نعم، هذا أخي وشبه ذلك، ولو قال: على غير سبب هذا أخي ولم يزد على هذا لم يرث منه إلا السدس لاحتمال كونه لأمه، ولو كان إنما يقول له يا أخي لم يرثه بذلك إلا أن تطول مدة سنين كل منهما يدعو صاحبه باسم الأخوة والعمومة فإنهما يتوارثان بذلك، ويثبت على قول سَحنون في نوازله لغو قوله: فلان أخي أو وارثي حتى يفسر.

ابن سهل: سئل ابن عتاب عمن أقرت لرجل أنه ابن عم أبيها في عقد، فقال: فيه علة لعدم رفع العاقد نسبهما لجد يجتمعان فيه، وأرى له مصالحة صاحب المواريث وإلا فعليه اليمين ويرث، وأفتى غيره بثبوت إرثه ولا يمين عليه.

قُلتُ: ففي لغو الإقرار بلفظ وارثي فقط، ثالثها إن كان من جاهل وجوب أسباب الإرث لتخريج بعضهم على ظاهر قول ابن القاسم لغو قوله فلان مولاي فقط، وأَصْبَغ وابن رُشْد وعلى ثبوته، ففي شرطه بيمين المقر له، ثالثها: إن لم يبين المقر وجه اتصاله بالمقر له في جد معين لابن مالك مع ابن القطان، ونقل ابن سهل عن بعضهم وعن ابن عتاب ولسَحنون في نوازله: من له ثلاثة أعبدٍ أخوة لأم أو مفترقين، فقال في مرضه: أحدهم ابني ومات، فإن كانوا إخوة لأم فالصغير حر، ويعتق من الوسط ثلثاه، من الكبير ثلثه، ولا نسب لواحد منهم به ولا يرثه، وإن كانوا مفترقين فقول الرواة أنه كقول أحد عبيدي حرٌّ، وقال المخزومي: يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويرق ثلثاه، وقال آخرون: يعتق أحدهم بالقرعة، وقيل: يقرع بينهم وإن كانوا لأم.

ابن رُشْد: وجه الأول لزوم عتق الصغير على التقادير الثلاثة وعتق الأوسط في حالين منها وعتق الأكبر في حالة واحدة منها فقط.

وقوله: وقيل يقرع بينهم وإن كانوا لأم إنما يريد بين الأوسط والأكبر لتحقق عتق الأصغر، وإن كان ظاهر الرواية خلافه، وعاد ضمير الجمع على اثنين؛ لأنهما جماعة، وعلى قوله بعد هذا فيمن قال عند موته: إن فلانة جاريته ولدت منه، عتق الأكبر والأوسط لوجوب العتق بالشك في الحرية، إذ لا يصح للوارث تملك من لا يعلم هل هو حر أو عبد وهو أظهر من القرعة؛ لأنها لا ترفع الشك، ويتخرج فيها قول رابع

وهو رقهما معا على القول بأن الشك لا يؤثر في اليقين، وقوله: لا يثبت لواحد منهم منهم نسب لا اختلاف فيه، وفي قوله لا يرث واحد منهم نظر.

والقياس أن يكون حظه من الميراث بينهم على القول بعتقهم جميعًا لصحة الميراث لواحد منهم لا بعينه فيقسم بينهم بعد أيمانهم إن حلفوا جميعًا أو نكلوا، ومن نكل منهم اختص الحالف بالإرث دونه، وكذا إن قالوا لا علم عندنا كان الميراث بينهم بعد حلفهم أنهم لا يعلمون من أراد الميت منهم على الخلاف في يمين التهمة، وإن عتق بعضهم كان له حظه من الإرث ويوقف حظ من لم يعتق إن عتق أخذ، وإن مات قبل عتقه رد للورثة.

قُلتُ: ما ذكره العُتْبِيّ عن المغيرة أنه يعتق من كل منهم ثلثه ويرق ثلثاه، كذا وجدته في غير نسخة من البيان ولم يتعرض ابن رُشْد إليه بإثبات ولا نفي، وكذا الشَّيخ في نوادره: لم ينقل عنه هذا الفرع بحال، بل نقل عنه قوله في العتبيَّة: من قال في ثلاثة أولادٍ من أمته أحدهم ولدي فالصغير حرٌّ؛ لأنه إن كان المستلحق الأكبر فالأوسط والصغير حران، وإن كان الأوسط فالصغير حر، وإن كان الصغير فالكبير والأوسط عبدان، وعن المغيرة: يعتق الصغير وثلثا الأوسط وثلث الأكبر، ووجهه بما تقدم من اعتبار التقادير.

قال: وقال ابن عبد الحَكَم: يعتقون كلهم بالشك.

محمد: إن قالت أمهم هم من سيدي فأقر سيدها بالصغير، وقال: لم تلدي مني غيره قيل له: وإن أقر بالأوسط، وقال: لم تلدي مني الأكبر صدق ولزمه الأصغر إلا أن ينفيه باستبراء، وكذا إن أقر بالأكبر فقط.

ابن رُشْد: وإن كانوا مفترقين فهو كقوله: أحد عبيدي حرٌّ ومات قبل تعيينه في عتق أحدهم بالقرعة أو من كل منهم الجزء المسمى لعددهم إن كانوا ثلاثة فالثلث، وإن كانوا أربعة فالربع، ثالثها: للورثة تعيين أحدهم للعتق، ورابعها: يعتق منهم الجزء المسمى لعددهم بالقرعة، وخامسها: إن اتفق الورثة فالثالث وإلا فالأول، وسادسها: وإلا فالثاني، الثلاثة الأول لابن القاسم والرابع لمالك، والأخيران لسَحنون كلها في

عتق العتبيَّة، وسابعها: عتق جميعهم على وجوب العتق بالشك، وثامنها: وقف الورثة عن جميعهم إلى أن يموت واحد منهم أو يعتقوه فلا يحكم عليهم فيمن بقي بعتق بل يؤمرون ولا يجبرون، على القول بأن الشك لا يؤثر في اليقين.

قُلتُ: إثباته القول بعتق كل الأكبر والأوسط بتخريجه من القول بوجوب العتق في الشك قصورٌ لنقله الشَّيخ في نوادره والصقلي عن ابن عبد الحَكم نصًّا.

وفي نوازل سَحنون: من أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه، وابنتها فلانة بنتي، ولها ابنتان سوى المقر بها فمات وأنسيت البينة والورثة اسمها، فإن أقر الورثة بذلك فهن كلهن أحرارٌ ولهن ميراث واحدة، يقسم بينهن ولا نسب لواحدة منهن به، وإن لم يقر بذلك الورثة وأنسيت البينة اسمها فلا عتق لواحدة منهن.

ابن رُشْد: إقرار الورثة بذلك كقيام البينة على قوله: إحدى هذه الثلاث ابنتي ولم يسمها، فالشهادة جائزةٌ اتفاقًا.

وقوله: يعتق كلهن خلاف قوله: قبل هذا فيمن قال في مرضه في عبيد له ثلاثةٍ أحدهم ابني.

وقوله: إن حجروا لا عتق لواحدة منهن إن لم تعلم البينة أيتهن هي، هو مشهور المذهب، وقيل: الشهادة جائزة ويكون الحكم بها كما لم يسمها، وهو قوله في الأسدية في الأيمان بالطلاق؛ لأنه وقع فيها شك الشهود ولم يعلموا أيتهن المطلقة التي بنى بها والتي لم يبن بها، وقد فرق فيها في ذلك بين أن تكون الشهادة في الصحة أو في المرض، ففي صحة الشهادة ثالثها: تجوز في المرض لا الصحة.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو ولدت زوجة رجل غلامًا وأمة آخر غلامًا وماتتا، فقال أحدهما ولدي ولا أعرفه، فمن ألحقته القافة به منهما لحق القاضة به، ويلحق الآخر بالآخر.

وقال في كتاب أمهات الأولاد: في حرةٍ وأمةٍ لهما ولدان باتتا في بيت فماتت الأمة وادعت الحرة أحد الولدين، فدعواها جائزة ويلحق الولد الآخر بالأب، وإن ماتت الحرة والأمة عتق الولدان ولم يلحق نسب واحد منهما.

ولأشهب في كتاب الأقضية: من نزل على رجل له أم ولدٍ حاملٌ فولدت هي وولدت امرأة الضيف في ليلة صبيين، فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها، وادعت كل واحدة منهما أحدهما ونفى الآخر، دعي له القافة.

قُلتُ: هي أول مسألة من نوازله في العتبيَّة ونصها: من نزل على من له أم ولدٍ حاملٌ وامرأة الضيف حاملٌ، فولدتا في ليلة واحدة واختلط الصبيان ولم يعرف كل واحد منهما ولده وادعى كل واحد منهما صبيًّا منهما، يقول هذا ولدي، ويقول الآخر هذا ولدي، وكلاهما لا يدعي منهما صبيًا بعينه؛ لأنهما اختلطا، فإنها تدعى لهما القافة.

ابن رُشْد: قوله: وادعى كل واحد منهما صبيًّا منهما يقول هذا ولدي ويقول الآخر هذا ولدي، مناقض لقوله ولا يعرف كل واحد منهما ولده، ولقوله أخيرًا وكلاهما لا يدعي صبيًّا بعينه، ولا تخلو المسألة من ثلاثة أحوال.

الأول: إن ادعى كل واحد منهما واحدًا بعينه، ونفى الآخر عن نفسه وجب أن يلحق بكل منهما ما ادعاه، ويحمل قوله في الرواية يدعي كل منهما صبيًّا يقول: هذا ولدي، ويقول الآخر: هذا ولدي، على أنه يقول آخذه فأتبناه فيكون ابني، ولا أعلم هل هو ابني أم لا، فتكون أرادت ذلك لغوًا، كما لو لم يدع إلى ذلك ولا أراده، فالوجه أن تدعى له القافة.

الثاني: إن ادعيا معًا واحدًا بعينه، ونفى كل منهما عن نفسه ما سواه فالواجب على أصولهم أن تدعى له القافة كالأمة بين الشريكين يطآنها في طهر واحد فتلد ولدا يدعيانه معًا.

وفي أول نوازل سَحنون من الشهادة مسألة من هذا النوع لم يقل فيها بالقافة، فمن الشُيُوخ من حملها على أنه اختلاف من قوله، ومنهم من جعل هذه مفسرة تلك وأوجب القافة فيها، ومنهم من فرق بينهما بما ذكرته هناك وهو الأولى فلا اختلاف في القافة في هذه ولا يقام منها القافة في الأحرار وإن اختلف في ذلك؛ لأن ما اعتل به في التفرقة بينهما وهو قوة فراش أحد الزوجين على ما تقدم في سماع أشهب معدوم في هذه المسألة، إذ لا مزية في هذا لأحد الفراشين على الآخر.

قُلتُ: الذي ذكر في سماع أشهب: إنما لم تكن القافة في أولاد الحرائر على المشهور لحرمة النكاح وقوة الفراش به.

ومسألة نوازل سَحنون: وهي من مات وقد أشهد بينة أن واحدة من هذه الجواري الثلاث جارية فلان كانت له وديعة عندي والجاريتان ابنتاه إلا أنا لا نعلم أيتهن جاريتك أيها المودعة الشهادة ساقطة ولا شيء للمدعي.

ابن رُشْد: لم يقل فيها بالقافة كقوله في نوازل الاستلحاق، فذكر ما تقدم ثم قال: والأظهر أنهما مفترقتان؛ لأن مسألة الاستلحاق نسب كل واحد منهما بأبيه ثابت ولم يحكم في هذه بالقافة؛ لأنه يؤول إلى القضاء برق أحدهن لمدعيها ملكًا وذلك لا يجوز إعمال القافة فيه، ألا ترى أنه لو ادعى رجلٌ ولد أمة رجلٍ قال: زوجنيها، فولدت هذا الولد مني وأكذبه سيدها وادعى أن الولد ولدته من زنى لم يحكم به لمدعيه بقول القافة.

الشَّيخ عن كتاب أحمد بن ميسرٍ: من حلف لزوجته إن ولدت المرة جاريةً لأغيبن عنك غيبةً طويلةً فولدت في سفره جاريةً، فبعثت بها خادمها في جوف الليل لتطرحها على باب قوم ففعلت، فقدم زوجها فوافى الخادم راجعةً، فأنكر خروجها حينئذ وحقق عليها فأخبرته، فردها لتأتي بالصبية فوجدت صبيتين فأتته بهما، فأشكل على الأم أيتهما منهما.

قال: قال ابن القاسم: لا تلحق به واحدة منهما وقاله محمد، وقال سَحنون: تدعى لهما القافة وبه أقول وهو يشبه حديث محرز.

قال ابن ميسرٍ: من وضعت زوجته وأم ولده في ليلة ابنا وابنة، وجهل من ولدت الابن وكلتاهما معا تدعيه، فنسبهما معا ثابت يرثانه ويرثهما، فإن ماتت أم الولد عن غير ولد ذكر ورث الابن منها النصف بالولاء أوقفت الباقي، فإن ماتت البنت ورث هو الباقي وإن لم يكن لها وارث غيره، قال أحمد: بعد موت سيدها، وأما الحرة فيعزل من مورثها ميراث بنت إن كان ثم ورثة سواها، وإن علم أن القافة تلحق الأبناء بالأمهات، فقد قال سَحنون: أنهم يلحقون كل واحدة بولدها.

قال أحمد: لا أرى أن يكون للعصبة شيء وأن يوقف ما بقي من الميراث حتى

يتبين لمن هو منهم بعد أن يدفع لكل من له فرض فرضه ممن لا يحجبهم الولد الذكر فيأخذ فرضه على أن لها ولدًا ذكرًا.

وفي قصر إلحاق القافة الولد بالأب على الأب الحي وعمومها فيه.

وفي الميت إن بقي من قرابته ما يلحق به نسبه: نقلا الشَّيخ عن عبد الملك مع سَحنون في كتاب الأقضية قائلًا: لا تلحق القافة الولد إلا بأب حي، فإن مات فلا قول للقافة في ذلك من جهة قرابته، وأشهب مع مفهوم نقله عن سَحنون كتب له: من ولدت امرأته وجاريته، وأمته جارية وأشكل ولد الحرة من ولد الأمة، ومات الرجل ولم تدع عصبة تستدل بها القافة، قال: لا قافة في مثل هذا ولا يورث بالشك.

وفي قصرها على الولد حيًّا وعمومها فيه حيًّا وميتًا سماع أَصْبَغ ابن القاسم إن وضعته تمامًا ميتًا لا قافة في الأموات، ونقل الصقلي عن سَحنون: إن مات بعد وضعه حيًّا دعي له القافة.

قُلتُ: ويحتمل ردهما إلى وفاق؛ لأن السماع فيمن ولد ميتًا، وقول سَحنون فيمن ولد حيًّا ومات، ولم أقف لابن رُشْد على نقل خلاف فيها، ولما ذكر اللخمي قول ابن القاسم إذا وضعته ميتًا، وقال: لا أرى للقافة دخولا في الأموات.

قال: خالفه سَحنون في كتاب ابنه، قال: إن وضعته بعد ستة أشهر حيًّا ثم مات دعيت له القافة؛ لأن الموت لا يغير شخصه إلا أن يفوت الولد.

قُلتُ: فيكون في الأب قول ثالث وهو نظر القافة إليه بعد موته دون اعتبار عصبته، وفي قبول قول القائف الواحد إن كان عدلًا واحدًا، ولغو قوله: إن لم يوجد معه مثله، ثالثها: يقبل وإن لم يكن عدلًا لابن القاسم في نوازل سَحنون وله مع رواية ابن نافع في نوازل سَحنون من الشهادات، وسماع أشهب في الاستلحاق وقول ابن رُشْد قائلًا: هو القياس على أصولهم كقبول قول النصراني فيما يحتاج إليه في أحكام الطب.

قال: وروى ابن وَهْب القضاء بقول الواحد غير مشترط عدالته.

قُلتُ: يريد: مع سلامته من تصرفات الكذب.

الصقلي في إقرار الفرائض: ابن زرقون غير واحد: إن أقر وارثان عدلان بثالث ثبت نسبه، وعبر عنه ابن شاس: والحوفي بلفظ إن شهد وارثان وهو الأصوب؛ لأن الإنسان يجوز إقراره بما يظنه دون تحقيق ولا يشهد بذلك، ونزلت ببعض عدول تونس في تركة له فيها إرث، فقال: أقر بكذا ولا أشهد به.

المازري: إن اتفق كل الورثة هم اثنان فأكثر على الإقرار بنسب للميت فلا أحفظ فيها لمالك نصًّا جليًّا، ومقتضى نقل ابن القُصَّار عن المذهب ثبوت نسب المقر له باتفاقهم، وأشار بعض الشُيُوخ العادة عن أصول المذهب، وصرح ابن القُصَّار ثبوته بإقرارهم وإن لم يكونوا عدولًا، ولم يصرح بقبول الإناث وإن أحطن ففي إعمال إقرارهن كغير العدول من الذكور، ومنعه للفرق بأنهن لا تقبل شهادتهن بالنسب، وغير العدول من الذكور هم من نوع من تقبل شهادتهم في النسب نظر.

قُلتُ: ما نقله عن ابن القُصَّار من ثبوته بإقرارهم، وإن لم يكونوا عدولًا لا خلاف نقل الصقلي في كتاب الفرائض إجماع أهل العلم أن النسب لا يصح بقبولهم والشهادات بمجرد الظن باطلة.

وفي شهادات المدَوَّنة: وتجوز شهادة الوارثين بنسب يلحقانه بالميت أو دين أو وصية.

وفي المديان منها: من هلك وترك ولدين وترك مائتين فأقر أحدهما أن لفلان على أبيه مائة وأنكر الآخر، فإن كان المقر عدلًا حلف معه المقر له وأخذ المائة.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: إن أقر ولدان عدلان بثالث ثبت النسب وعدل يحلف ويشاركهما ولا يثبت النسب، وقبله ابن عبد السلام ولم يذكر فيه عن المذهب خلافًا وهو وهم منه.

في آخر كتاب الولاء من المدَوَّنة: من مات وترك ابنين فأقر أحدهما بأخت له فليعطها خمس ما بيده ولا تحلف الأخت مع الأخ المقر بها؛ لأنه لا يحلف في النسب مع شاهد واحد، وتبع ابن شاس في ذلك قول الباجي في باب القضاء بإلحاق الولد: من ترك ولدين أقر أحدهما بثالث إن كان المقر عدلًا حلفه المقر له مع شهادته، وأخذ من

كل واحد منهما حصته ولا يثبت نسبه.

قال ابن زرقون: رحال في باب ميراث الولد المستلحق لا يثبت نسب بشاهد ويمين ولا يستحق بذلك المال على الآخر الثابت النسب.

قُلتُ: يؤيد قوله أولا قول الشَّيخ في نوادره.

قال ابن المواز: من ترك ابنتين وعصبة فأقرت ابنتان بأخ، فإن لم تكونا عدلتين أعطته كل واحدة منهما ربع ما بيدها، وإن كانتا عدلتين حلف عند ابن القاسم وأخذ تمام النصف من العصبة، ونحوه قولها في الولاء: إن أقرت اثنتان لرجل بأنه أعتق أباهما وهما عدلتان حلف وورث الثلث الباقي، ومعروف المذهب في إقرار وارث بآخر إعطاء المقر المقر له فضل حظه في الإنكار على حظه في الإقرار.

وقال ابن كنانة: حظ المقر بينه وبين المقر به على محاصة جميع سهامهم في الإقرار، وذكره اللخمي غير معزو لابن كنانة، قال: لأنه الجاري على أصل ابن القاسم؛ لأن مقتضى إقرار المقر أن المنكر غاصبٌ فيما أخذه بمقتضى الإنكار، فيجب حلفه موزعًا على ما يجب للمقر والمقر له؛ لأن مقاسمة المقر المنكر غير ماضية على المقر له.

قُلتُ: يرد بأن مقاسمة الغاصب إنما تلغى إذا كانت طوعًا، وإن كانت بجبر الحاكم فلا، فإن كانت التركة عروضًا مختلفة أو معها حيوان والإقرار قبل قسمها فالمقر له كوارث أصلي، وإن كانت بعده دفع المقر من كل ما بيده للمقر له واجبه على إقرار المقر، وقيمة فضل إنكاره على إقراره فيما أخذ غيره، قاله أهل المدينة والبصرة.

الشَّيخ: هذا هو الصواب وليس في ذلك تخيير، قاله الباجي.

وقال ابن ميسر: يخير في قيمة ذلك الجزء أو مثله مما بيد المقر.

ورد ابن خروف ذلك: بأن المقر له إن أجاز المعاوضة فلا حق له فيما خرج عن المقر، وإن ردها فلا حق له فيما بيد المقر إلا ما كان قبل المعاوضة.

يرد بوجوب استحقاق المبيع من يد المشتري المقر بغصبه لمن غصب منه.

وفي نوازل سَحنون من قال: هذا أخي لا بل هذا أخي لا بل هذا أخي كان للمقر له أولا نصف حظ المقر، وللثاني ربعه، وللثالث ثمنه وإن ردها فلاحق له فيما بيد المقر

إلا مما كان قبل أن يرد بوجوب استحقاق المبيع.

وقال بعض أصحابنا: يغرم للثاني مثل ما صار للأول، وكذا للثالث لقول كل منهما أنت أتلفت علي مورثي.

ابن رُشْد: هذا أصح في النظر للعلة التي ذكر، وعليه يأتي قول ابن القاسم في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح فيمن أقر بعبد لرجلين فادعاه كل منهما لنفسه أن المقر يحلف ما يعرفه لأحدهما خالصًا، فإن نكل حلف المقر لهما وأغرماه قيمة العبد، وعلى قول سَحنون هذا لا يمين على المقر بالعبد، ووجه قول سَحنون أن المقر بالأخ ثانيًا إنما أقر بما في يده حين شركه غيره في الإرث، فكان كإقرار وارث معه وارث بوارث، وخرج الصقلي الثاني على قول أشهب في إقراره بوارث بعد آخر، فقول سَحنون هو الجاري على قول ابن القاسم فيه.

الحوفي والصقلي: لو أقر بوارث وآخر نسقًا تساويا في استحقاق فضل إنكار المقر له على إقراره به، وإن لم يكن نسقًا فقول سَحنون مع مشهور قول البصريين أن لغير الأول على المقر فضل صابه حين قدم إقراره به على إقراره به قائلًا: هذا معنى قول ابن القاسم.

وقال أشهب: يغرم له ما يجب له لو أقر بهما مع الأول قائلًا، ولو دفع للأول واجبه بقضاء.

الصقلي عنه: كان غرمه للأول ما يجب له قبل إقراره بالثاني أو لم يغرم له شيئًا، قالا عنه؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

الحوفي: وحكى الداودي إن دفع بقضاء لم يضمن.

الشَّيخ في الموازيَّة: من ترك أخاه وأمه فأقرت الأم بأخ آخر للميت أخرجت الأم نصف ما بيدها وهو السدس.

وقال مالك في الموطأ: وعليه الجماعة من أصحابه يأخذه المستلحق.

وقال ابن القاسم وأَصْبَغ: هو بينه وبين الأخ الآخر، ورواه ابن القاسم وابن وَهْب.

قال محمد: والأول قولها وهو قول مالك وكل أصحابه، وذكر سَحنون في العتبيَّة هذا القول الذي أنكره محمد.

وقال سَحنون: يأخذ المقر به نصف السدس ويوقف نصفه حتى يقر به الآخر فيقاسمه ما في يده، وأخطأ من قال: يعطى نصف السدس للمنكر.

قُلتُ: تقدم لنا في اختصار الحوفية: أن في كون نصف ما بيد الأم للمقر به أو بينه وبين الأخ الثابت نصفين، ثالثها: يوقف نصف الثابت، فإن صدق الأم تحمل على تصديقه، ورابعها: يوقف على إقرارها، فإن صدقها عمل عليه، وإن كذبها فالسدس للمقر به، وإن شك كان بين الأخوين، هذا نقل الحوفي.

وعزا ابن رُشْد الأول للفراض ومالك وجماعة من أصحابه قال: وهو أظهر الأقوال واختيار محمد، والثاني لأَصْبَغ، والثالث لسَحنون، ولم يحفظ الرابع، قال: وقول سَحنون أضعف الأقوال؛ لأنه إن كان لا يأخذ نصف السدس إلا أن يعطى أكثر منه فلا معنى لتوقيفه.

قال محمد: وكذا المرأة يطلقها زوجها بعد إرخاء الستر ويقر بوطئها وتنكر ذلك، ليس لها إلا نصف المهر؛ لأنها تدفع النصف الآخر عن نفسها.

قال ابن رُشْد: ولا يشبه مسألة الصداق؛ لأن المرأة أنكرت ما أقر لها به فوجب أن يكون لمن رجع منهما أولا لتصديق صاحبه على قول سَحنون في هذه المسألة أنه يقال للمرأة إن أقررت بالوطء فخذي وإلا لم يكن لك إلا نصف المهر، وقوله هذا يبين قوله في إرخاء الستور؛ لأن له في الرهن مثله، وهو قول أشهب في إرخاء الستور من المدَوَّنة، ولسَحنون بعد هذا خلاف قوله أن لها أخذ ما أقر لها به، وإن أقامت على الإنكار، قيل: لا يحكم لها بأخذ ما أقر لها به، وإن رجعت لقوله إلا أن يشاء دفع ذلك لها، قاله ابن القاسم في سماع عيسى من النكاح، وكتاب الدعوى والصلح ولا يدخل شيء من هذا في مسألتنا؛ لأن الأخ لم ينكر إقرار الأم به ولو أنكره كانت كمسألة الصداق.

قُلتُ: وظاهر نقل الشَّيخ قول محمد أن مسألة من ترك أخاه وأمه وأقرت الأم بأخ أنها منصوصةٌ في الموطأ، وتبعه ابن شاس وابن الحاجب وابن هارون وابن عبد السلام،

وليست بموجودة في الموطأ بحال، وإنما في الموطأ كون الواجب على المقر إعطاء فضل إنكاره على إقراره فقط من غير تعرضٍ لعين مسألة الأم المقرة بأخ، ففهم أن هؤلاء أن هذه المسألة مماثلةٌ لمطلق سائر مسائل الإقرار بوارثٍ المذكور بها في الموطأ، فنقلوا فيها قوله في الموطأ، وصرح بذلك محمد في النوادر محمد عنه: من ترك زوجةً وعاصبًا فأقرت بابن دفعت له نصف ما بيدها، وعلى القول الذي ذكرناه عن ابن القاسم وأَصْبَغ يكون بينه وبين الغاصب، ونحو فهمهم هذا نقل المازري في كتاب الإقرار بعد ذكر المشهور في كون فضل إنكار المقر للمقر به وحده، ونقله قول ابن كنانة المتقدم ما نصه: وقيل: إن هذا النصيب الذي هو نصف الثلث يكون نصفه للمقر به ونصفه الآخر لبقية الورثة الجاحدين؛ لأن حاصل إقرار المقر التبري منه وأنه لا يستحق فيه إرثًا، فصار المقر له يدعيه، وبقية الورثة الجاحدين يقولون: ليس لك فيه شيء فيقسم ذلك بينه وبينهم، وهذا أضعف المذاهب، ولا يتصور له وجهٌ سوى ما ذكرته.

قُلتُ: ظاهره أن هذا التوجيه هو من عنده، وقد ذكره الشَّيخ من كلام أَصْبَغ.

قال: لأن الأخ الثابت النسب يقول ما تبرأت الأم منه أنا أحق به إذ لا وارث معي، ويقول المستلحق: بل هو لي فيقسم بينهما.

قُلتُ: ولم يصرح المازري بعزوه للمذهب، ولما تبع شيخنا أبو عبد الله السطي طريقتهم حصل في شرحه كتاب الحوفي في مسألة مطلق الإقرار بوارث خمسة أقوال: المشهور وقول ابن كنانة، والثلاثة المذكورة في مسألة إقرار الأم بأخ ثان، والصواب عندي عدم مماثلة مسألة الأم لمطلق مسائل الإقرار بوارث، فلا يصح عزوها للموطأ ولا ثبوت أقوالها الثلاثة في مطلق مسائل الإقرار بوارث، وهو مقتضى ذكرها الحوفي بعد ذكره مسائل مطلق الإقرار، وهو ظاهر سياق كلام ابن رُشْد، وعدم بيان مماثلتها مطلق مسائل الإقرار أن مسألة إقرار الأم بأخ ثان مشتملةٌ على معنىً خاصٍّ بها مناسبٌ لتوجه منازعة المنكر في فضل إقرار المقر بالأخ، وهو أن الأخ المنكر يحتج على المقر له بأن يقول له: لولا وجودي لم يتقرر لك فضل بإقرار الأم؛ لأنها لو كانت دوني أخذت الثلث وبيت المال الثلثين، فإن أقرت بك مع ذلك لم يكن في إقرارها بك فضلٌ على

إنكارها تستحقه أنت، ولما لم تتفرد دوني كان وجودي سببًا في تقرر الفضل، فيجب لي فيه حق بتبرئها منه، وهذه الحجة مناسبةٌ لمقاسمة المقر به الفضل المذكور، ولا تتقرر هذه الحجة للمنكر في مطلق مسائل الإقرار بوارث فتأمله منصفًا، ثم وقفت للمازري على ما يشير لما أبديناه من الحجة للأخ المنكر، وهو أنه ذكر نفس مسألة الأم في آخر كتاب الإقرار، وذكر في توجيه القول بأن ما فضل بإقرار الأم يكون بين المنكر، والمقر بأن المقر يحتج بأنه له مشاركة في خروج هذا السهم من يد الأم؛ لأن الأم لا تحجب عن الثلث إلى السدس إلا بأخوين هو أحدهما، وأقوال الفقهاء والفراض واضحة بأن إقرار المقر بمن يحجبه عن كل إرثه لو انفرد بالميراث يوجب إرثه لمن أقر به كابن أخ أقر بأخ لأب.

وقال المازري: إن أقر أخ بولد لم يثبت نسبه؛ لأنه لو ثبت أسقط إرثه، فيرد إقراره؛ لأنه أقر على من لم يستحق منه شيئًا، فصار كأجنبي أقر بوارث لميت فلا يقبل فأدى ثبوت إقراره لنفيه، وما أدى ثبوته لنفيه فهو منفي، ولم ينص ابن القُصَّار عليه إذا أقر جماعة الورثة بمن يسقطهم كبنت وأخت أقرتا بابن، ويمكن أن يوافق ابن القُصَّار الشافعي على هذا، وفي المذهب ما يلاحظه كأمة عتقت تحت عبد قبل البناء، وقد أتلف السيد مهرها، ولا مال لها حين عتقها بغيرها لا خيار لها؛ لأن خيارها نفسها يوجب بطلان المهر ووجوب الرجوع به على السيد وهو فقير، فيجب رد عتقها وبيعها في الدين، فأدى خيارها إلى نفيه، وكذا شهادة عبدين بعد عتقهما بأن من أعتقهما كان غصبهما من فلان، لا تجوز لتأدية ثبوتها إلى نفيها؛ لأنها لو ثبتت وجب رقهما لمن غصبا منه، فتسقط شهادتهما برقهما.

قُلتُ: ظاهر قوله أولا أن إقرار المقر بمن يسقطه لا يقبل في ثبوت نسب المقر به واضح، وتمام كلامه يقتضي أنه لا يقبل فيه ولا في المال، ولا أعلم في المذهب فيه خلافًا، واحتجاجه بمسألة الأمة يقتضي أن ما ذكره فيها من نقض العتق هو المذهب، وليس كذلك في كتاب الرهون فيها أن لها الخيار ولا يرد عتقها ودين المهر على سيدها إنما ثبت باختيارها وهو متأخر عن عتقها، وزعمه أن إعمال الإقرار بما يسقط إرث المقر ثبوته يؤدي

إلى نفيه، يرد بأنه إنما يلزم كونه كذلك إذا كان إعماله فيما وجب له بالإرث من حيث كونه مملوكًا للميت؛ لأنه من هذه الحيثية يصير المقر به أجنبيًّا فيسقط إقراره، فيصدق أن ثبوته أدى إلى نفيه، وإعماله من هذا الوجه ممنوع لزومه، لجواز كون إعماله في المال المذكور إنما هو من حيث استحقاقه إياه بالإرث الثابت موجبه، وهو من هذه حيثية غير أجنبي بل هو مقر على نفسه فيما يثبت له ملكه فوجب إعماله فلم يؤد ثبوته إلى نفيه.

[كتاب الوديعة]

الوديعة: بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ ملكٍ ينقل، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة؛ لأنهما لأزيد منه وحفظ الربع(1).

---

(1) قال الرَّصاع: الوديعة لغة بمعنى الأمانة وهما مترادفان كذا قيل وتطلق على الاستنابة في الحفظ وذلك يعم حق الله وحق الآدمي قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾ [الأحزاب: 72] ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ﴾ [النساء: 58] ووقع للمقري في شرح المدَوَّنة كلام لا يحل كتبه ولا نقله نبهت عليه للاحتراز منه، ويقال: أودع فلان فلانًا على أهله أو ماله أو صيره نائبًا عنه في حفظ ماله وعلى معنى ذلك يفهم معنى ما ورد أستودع الله دينك وأمانتك معناه أطلب من الله الحفظ لك، وأما في عرف الفقهاء فهي أخص من ذلك، وتطلق على المصدر وعلى الاسم كما قدم الشَّيخ ذلك مرارًا.

(فإن قلت): إذا تقرر في عرف الفقهاء إنها ترد على معنيين فهلا قال: حدها مصدرًا وحدها اسمًا.

(قُلتُ): قد أشار الشَّيخ إلى معنى ذلك لا إلى لفظه كما يرد عليك من كلامه.

(فإن قلت): قد قرر الفقهاء أن الوديعة لها معنى عام ولها معنى خاص، وإن معناها الخاص ما يخص محلها هنا ومعناها العام يصدق على مسائل من النيابة في حفظ الولد والأمانات والأمة والإجارات وغيرها فهلا قال الشَّيخ أيضًا: أما حدها العام، وأما حدها الخاص كما فعل في كثير من الحقائق.

(قُلتُ): الشَّيخ ابن عبد السلام صرح بأن ذلك من المدلول اللغوي لا العرفي الشرعي فلذلك لم يخص العام برسم.

(قُلتُ): وهذا واضح في حفظ الولد فلا يصح في حفظ الأمة؛ لأنه أدخله في الرسم، وكذلك الإجارة أدخلها وذكر كلامًا فيه بحث إذا تأملته؛ لأن المقصد العرفي الوديعة غير ما ذكره فتأمله قول الشَّيخ رحمه الله بمعنى الإيداع يعني الوديعة فالمعنى المصدري، قال: نقل مجرد حفظ ملك ينقل.

قوله: (نقل) مناسب للمحدود وهو جنس له قوله مجرد حفظ ولم يقل حفظ ليخرج ما فيه نقل الحفظ مع التصرف كالوكالة، وأما الوديعة فليس فيها إلا مجرد الحفظ فقط ويخرج الإيصاء.

(فإن قلت): عادته إذا قصد الخصوصية في معنى أن يذكر لفظة فقط وهو أخصر من مجرد، فلو قال: نقل حفظ ملك فقط ينقل لصح وكان أخصر من مجرد.

(قُلتُ): لو قال: نقل حفظ ملك فقط ربما أوهم رجوعه إلى الملك، وهو راجع إلى الحفظ؛ فلذا ذكر لفظة مجرد لتعيينها وأخرج بقوله ملك إذا أودع ولده الصغير لحفظه فأنه ليس وديعة، وقوله: (ينقل) صفة للملك، وأخرج به ما لا ينقل من الأصول كالربع.

قال الشَّيخ رحمه الله: ويدخل في الحد إيداع الوثائق بذكر الحقوق.

قال: ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة؛ لأنهما لا زيد منه؛ يعني: لأن هذه المذكورات المخرجة فيها أزيد من الحفظ، وقد قال في الوديعة: إن خاصتها مجرد الحفظ.

قال: وحفظ الربع يعني أنه خارج كما خرج ما قبله لكن مخرجه.

قوله: ينقل والربع لا ينقل فيه ويخرج الأول ما ذكرنا؛ ولذا كرر الشَّيخ الحفظ مع الربع فتأمله، ثم قال الشَّيخ: وبمعنى لفظها؛ أي: الوديعة حدها بمعنى لفظها الاسمي لا معنى لفظ الإيداع أشار إلى معناها الاسمي وهو المعلوم في عرف الفقهاء المستعمل متملك نقل مجرد حفظه ينتقل.

قوله: (متملك) اسم من الأسماء جنس مناسب للمحدود عرفًا، وهو الشيء المودع.

(فإن قلت): هلا قال: ملك وهو أخصر.

(قُلتُ): لأن الملك يطلق على معنيين أن المعنى النسبي، والاسمي فلم يقع فيه بيان معنى ما عين لذلك وفيه نظر؛ لأنه قد ذكره في الحد الأول.

(فإن قلت): إن صح ما قررته فهلا قال: مملوك وهو أخصر من متملك ولا يرد عليه ما ذكرته.

(قُلتُ): هذا ربما يقال: وارد عليه إلا أن يقال إن المملوك أخص؛ لأنه يقتضي ثبوت ملكه بخلاف المتملك والقصد ما يعم ما ثبت ملكه أو تملكه بوضع اليد الجائزة، وفيه ما لا يخفى من التأمل والله أعلم بقصده رَحِمَهُ اللَّهُ ونفع به.

قوله: (نقل مجرد حفظه ينتقل) تقدم ما يخرج بهذه القيود في الحد المصدري.

(فإن قلت): أعراب ينتقل يظهر أنه جملة حالية؛ أي: حالة كونه متنقلًا أو صفه ليخرج به الربع وإذا صح ذلك فهلا قال: منقول وهو أخصر، والأصل الإفراد.

(قُلتُ): لعل جوابه أن هذا أصرح في البيان.

(فإن قلت): وهلا اختصر وقال: أما حده اسمًا ومصدرًا كعادته وقوله بمعنى لفظها فيه طول في الجواب (قُلتُ): يأتي ما يناسبه، والله سبحانه يفهمنا عنه.

(فإن قلت): الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ كيف صح أن يقول في رسم الوديعة بمعنى الإيداع فخرج حفظ الإيصاء والوكالة؛ لأنهما لا زيد منه وإنما يقع الإخراج بعد صحة إدخال المخرج، وقد قدم أن حد الوكالة نيابة ذي حق إلخ فقد ذكر في جنسها النيابة فيقال دائما، أما أن يقال بأن النيابة لا تدخل تحت النقل أو يقال بصحة الدخول، وإن النيابة أخصر فتخرج بمجرد الحفظ، فإن قلنا بالأول فلا يصح الإخراج المذكور بوجه؛ لأنه لا دخول لها في النقل لعدم صادقيته عليها، وإن قلنا بالثاني فيقال الجاري على قاعدة الشَّيخ في مراعاة شدة اختصاره أن يقول في الوكالة نقل ذي حق إلخ؛ لأنه أخصر ويؤدي معنى النيابة على تسليم ما ذكر.

قُلتُ: الظاهر أن النقل أعم وإن النيابة داخلة تحته وإنما خص حد الوكالة بما ذكر؛ لأنه الجنس القريب وعندي لو قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: الإيداع هو تنويب في مجرد حفظ ملك ينقل لكان أقرب إلى

معنى الإيداع ويصح الإخراج المذكور، وإن كان النقل أقل أحرفًا لكن المحافظة على تحقيق معنى الحد أو الرسم أوجب من المحافظة على الاختصار، والله أعلم بقصده ﷺ.

(فإن قلت): لأي شيء قال الشَّيخ ﷺ: ملك ينقل في المعنى المصدري، وقال: في المعنى الاسمي ينتقل على ما رأيته في النسخة والجاري على عادته ينقل فيهما.

(قُلتُ): هذا عرض لنا في أقراء المدَوَّنة في ذكر رسمه ولم يظهر عنه قوة جواب.

(فإن قلت): يظهر سؤال على قول الشَّيخ في المعنى الاسمي؛ لأنه لما ذكره قال: وهو المستعمل في عرف الفقهاء، وهذا يدل على أنه الحقيقة العرفية فنقول فإذا كان كذلك فلا يتعرض لرسم المعنى المصدري؛ لأن الفقيه لم يطلقه عليه عرفًا كما قال، وقد قدمنا في خطبته أنه إنما تعرض للحقائق الشرعية في مختصره.

قُلتُ: وقع الجواب عنه رَحِمَهُ اللهُ أن الوديعة بمعنى الإيداع لم يتكلم عليها قصدًا وإنما ذلك بالعرض ليتم له رده على ابن الحاجب، ومن تبعه في كونه عرفها بقوله استنابة إلخ كما نذكره، ولا يقال: إن قول الشَّيخ: أن المستعمل ما ذكر ليس كذلك؛ بل استعملوا المعنى المصدري كثيرا؛ لأنهم قالوا بعد حدهم الوديعة قد تكون واجبة ومندوبة ومحرمة ومتعلق الحكم ليس هو المعنى الاسمي قطعًا؛ لأنا نقول ذلك وإن وجد فهو لقرينة دلت على ذلك.

(فإن قلت): لأي شيء لم يقل الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ كما جرت عادته حدها اسمًا كذا ووقع له مثل هذا في العارية انظرها ومصدرًا كذا وهو أخصر.

(قُلتُ): تقدم لي هذا السؤال في القديم ووقع الجواب عن ذلك من بعض الحاضرين أن الوديعة أصلها فعيلة؛ بمعنى: مفعولة وليست مصدرًا ولا اسم مصدر؛ ولكن إذا أريد بها قصد المصدر كان رسمها كذا، وإن أريد به معناها الأصلي كان رسمها كذا، وإنما يقال: ما جرت به عادته إذا كان اللفظ مصدرًا أو اسم مصدر ووقع الإقناع بهذا الجواب، ثم وجدنا ما يرده من عادة الشَّيخ، فإنه قال في حد العارية اسمًا ومصدرًا ولفظها ليس مصدرًا ولا اسم مصدر والله سبحانه الموفق.

(فإن قلت): إذا أودع مسلم خنزيرًا أو خمرًا عند مسلم فلا يصدق الحد على ذلك؛ لأنه لا ملك فيه بوجه.

(قُلتُ): نعم نقول بصحة ذلك، وإنه لا يصدق عليه وديعة شرعية، ولا يقال بأن الرسم للصحيح والفاسد؛ لأنا نقول ذلك حيث جرى العرف بإطلاق لفظ الوديعة عليه وهذا ليس كذلك؛ لأن لازم الوديعة وقوع الحفظ في المودع، وهذا لا حرمة له فلا حفظ له، ولا يقال بأنهم قد قالوا بأن الغاصب إذا غصب شيئًا، ثم أودعه عند رجل فإن الوديعة هنا حرام فقد أشبه ذلك ما ذكر في الخمر؛ لأنا نقول الخمر لا يقبل الملك بوجه والمغصوب قابل للملك بل مملوك للمغصوب منه.

(فإن قيل): الوصي يودع والوكيل كذلك والمودع يودع ولا ملك.

(قلنا): ليس المراد من الحد أن الملك للناقل؛ بل الناقل نقل مجرد حفظ شيء من شأنه أن يتقرر فيه الملك شرعًا والله سبحانه أعلم وبه التوفيق، وهذا بعض ما يليق من كلامه -رحمه الله ورضي عنه- وما ذكر هنا بعضهم أن النقل أصله في المحسوسات وإطلاقه في الأمور المعنوية مجاز وهو مجتنب في الرسوم والحدود ضعيف وجوابه لا يخفى، وقد وقع للشيخ ابن عبد السلام في هذا الموضع ما يقرب منه وأجاب بما تقف عليه والله الموفق انظر حد الوكالة وما في ذلك مع ما هنا فإنه يناسبه والله الموفق، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أتى بحد ابن الحاجب وابن شاس والغزالي - رحمهم الله - في قولهم استنابة في حفظ المال واعترضه ورجح حده الأول على حدهم مع اختصاره ومساواة حروفه قال: لأنه باطل في عكسه بما أدخله في حده مما عده وأبطل طرده بما ذكر أنه خرج عن حده.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: والمستعمل عند الفقهاء المعنى الاسمي ولا يتناول ذلك الرسم المذكور؛ لأن المصدر لا يصدق على الاسم وإنما ذكر مساواة الحروف للحروف تمتينًا في الرد؛ لأن اللفظ إذا كان جامعًا مانعًا صادقًا على مقولة المحدود، وقد ساواه لفظ آخر في عدته مع كونه لا مطردًا ولا منعكسًا ولا حافظًا لمقولة فذلك دليل على قوة النقد فيه، وقوله: ما دخل في إبطال العكس هو الوثائق وما ذكر معها وما خرج هو الإيصاء وما ذكر معه، والله سبحانه أعلم.

قال صاحب التكملة وذكر ذلك في هبة المدَوَّنة لما تكلم على الحوز في الأرض الغائبة. قال: فبها إذا قلت في الأرض قبضت وقبلت لم يكن ذلك حوزا كالإشهاد على الإقرار بالحوز.

قال: إلا أن يكون في يدك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فإن قولك قبضت حوز، فإن لم تقل حتى مات الواهب كان ذلك لورثته.

قال: صاحب التكملة فظاهر المدَوَّنة في قولها إلا أن يكون في يدك أرض ينقض حد ابن عرفة في مختصره الوديعة رادًا على ابن الحاجب وأشار لما قلناه، ثم قال: ودعوى اللف والنشر في ذلك بعيدة، ثم أتى بنص حد الشَّيخ ورده على ابن الحاجب ولما كان في كلامه بعض نقض في الأفهام كمله صاحب التكملة، فقال وجه النقض المذكور على الشَّيخ ابن عرفة بمسألة المدَوَّنة أن ظاهر قولها أو وديعة رجوع الوديعة إلى الأرض فقد صدق أن الأرض تكون وديعة فصح أن الربع شرعًا يصح إيداعه فبطل اشتراطه في الحد أن المودع مما ينقل وبطل رده على ابن الحاجب.

قال: وقوله: ودعوى اللف والنشر إلخ هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لا نسلم أن ظاهر المدَوَّنة كما ذكرت؛ بل الوديعة ترجع إلى الرقيق، والعارية ترجع إلى الدار، والكراء إلى الأرض لفًا ونشرًا مرتبًا، فقال هذا وإن كان مسلمًا لكنه بعيد لكونه على خلاف الظاهر ولا دليل يصرفه عنه هذا معنى ما ذكر الشَّيخان، وقد اتفقا على الرد على الشَّيخ إنسان عين صدور الزمان - رحمه الله ونفع به- وقد علمت مما قدمناه أن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ في تعريفه لهذه الحقائق إنما يعرف منها ما كان حقيقة شرعية أو تمالت على إطلاقه أمهات الكتب، وقد قالوا أودعت الثوب والدابة والمال، ولم يقولوا

وقول ابن الحاجب كابن شاسٍ تابعين الغزالي: استنابةٌ في حفظ المال كحروفه ويبطل عكسه ما دخل وطرده ما خرج، وبمعنى لفظها متملكٌ نقل بمجرد حفظه ينتقل، وهو المستعمل في لفظ الفقهاء ولا يتناوله لفظ ابن شاسٍ.

وهي من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحةٌ، وقد يعرض وجوبها كخائفٍ فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابلٍ لها يقدر على حفظها وحرمتها كمودع شيءٍ غصبه، ولا يقدر القابل على جحدها ليردها لربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة؛ ولذا ذكر عياضٌ في مداركه عن بعض الشُيُوخ أن من قبل وديعةً من مستغرق ذمةٍ، ثم ردها إليه ضمنها للغرماء.

ابن شعبان: من سئل قبول وديعةٍ ليس عليه قبولها، وإن لم يوجد غيره.

قُلتُ: ما لم يتعين عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقةٍ فيها من يحترمه من أغار عليها أو في حرمةٍ بحاضرةٍ يعرض ظالمٌ لبعض أهلها، وندبها حيث يخشى ما يوجبها كتحققه وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه.

[باب المودع]

المودع: من له التصرف في الوديعة بملكٍ أو تفويضٍ أو ولايةٍ كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون(1).

أودعت الدار وما شابه ذلك لا يقال قول القائل: ولم يقولوا شهادة على النفي ولا يلزم من ذلك نفي إطلاقهم؛ لأن المعتبر في إطلاق الحقيقة العرفية ثبوت الإطلاق، ولم يوجد وهذا كاف في استدلاله، فإذا سلمنا ذلك فردهما بمسألة المدَوَّنة في إطلاق الوديعة على ما لا ينقل لا بد من تأويله وتأويله بما ذكرنا يعين اللف والنشر فقول من قال: إن الظاهر ما ذكر غير مسلم بل الظاهر أنه إذا صح الاستقراء المذكور، وإن ذلك لا يعين ما ذكر للوديعة فالحمل على الغالب أو الأغلب هو الظاهر؛ لأن إطلاق ذلك مرة لا يوجب الحقيقة العرفية في ذلك وإنما يوجبها كثرة الإطلاقات فصح من هذا رسم الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ، ورده على ابن الحاجب طردًا وعكسًا وتأول مسألة المدَوَّنة المذكورة، ومما يؤيد كلامه رَحِمَهُ اللهُ كتاب الوديعة في المدَوَّنة ليس في مسائلها ما لا ينقل وذلك أولى بالأخذ، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق وذلك كله جلي.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من له التصرف) هذا جنس. وقوله: (بملك ... إلخ) جمع بذلك أقسام

[باب المودَع]

والمودَع: من يظن حفظه(1) .

[باب شروط الوديعة]

والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة للفاعل، وظن صونها من القابل(2)، فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت بيده، وكذا العبد المحجور عليه، ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعها إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد أو لقاء الأعراب القوافل، والأصل في هذا النصوص الدالة على حفظ المال والنهي عن إضاعته.

قال اللخمي: في البخاري ومسلمٍ قال: النبي ﷺ: **«إن الله نهى عن إضاعة المال»**(3).

وشرطها باعتبار ضمان القابل عند موجب الضمان ونفيه عند نفيه عدم حجره وحجر الفاعل.

ويدخل في قولنا وظن صونها من القابل قول اللخمي لا تودع الحرم لغير

=

المودعين فيدخل المالك أو نائبه والوصي والقاضي وغيرهم، والله أعلم.

(1) قال الرَّصاع: المودَع: بالفتح من يظن حفظه.

قوله: من يظن حفظه أخرج بذلك من لا يحفظ إذا ظن فيه ذلك كصبي صغير لا يعقل ومجنون.

(2) قال الرَّصاع: قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة للفاعل، وظن صونها من القابل)، وهو ظاهر، ثم رتب عليه أنه تجوز الوديعة من الصبي الخائف عليها ومن العبد ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعه؛ ولذا قال الشَّيخ: فيجوز من الصبي الخائف عليها أن بقيت بيده وكذا العبد المحجور عليه وتجوز فيمن لا يخاف عليه التلف كأولاد المحترمين.

(3) أخرجه البخاري: 3/270 في الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾، وفي الأدب، باب عقوق الوالدين من الكبائر، ومسلم: رقم (539) في الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة.

ذي محرم إلا أن يكون مأمونًا لقوله ﷺ: **«لا يخلون رجلٌ بامرأةٍ ليس بينه وبينها محرمٌ»**[1].

قُلتُ: ظاهر الحديث الإطلاق في المأمون وغيره.

قال: وأجاز مالك لمن ادعى أمة وأقام شاهدًا أو لطخا ووضع قيمتها أن يسافر بها إن كان مأمونًا، ومنعه أَصْبَغ وهو أصوب للحديث، والخوف عليها من مودعها أشد لزعمه أنها ملكه.

وفيها: من أودع صبيًّا صغيرًا وديعةً بإذن أهله أو بغير إذنهم فضاعت لم يضمنها، لقول مالك: من باع منه سلعة فأتلفها فلا يتبعه بثمن ولا قيمة ولو ابتاع منه سلعة ودفع إليه ثمنها فأتلفه ضمن المبتاع السلعة، ولا شيء له من ثمنها؛ لأنه الذي سلط الصبي على ذلك وأتلف ماله فكذلك الوديعة.

قُلتُ: الجواب في إتلافه صوابٌ، والسؤال في ضياعها مشكلٌ؛ لأنه كذلك في الرشيد.

الصقلي: واللخمي وغيرهما: وكذلك السفيه؛ لأن أصحاب ذلك سلطوا يده على إتلافه.

اللخمي: ولا تباعة عليهما إلا أن يثبتا أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه فيتبعان في المال الذي صوناه، فإن ذهب ذلك المال وأفاد غيره لم يتبعا فيه.

وفي استهلاكها العبد للخمي ثلاثة: ابن القاسم: كالحر إن كان مأذونًا وإلا فلسيده طرح ضمانه.

أشهب: كالحر إن كان فارهًا وإن لم يكن مأذونًا له، وإن كان وغدًا بطلت عنه، ولو كان مأذونًا له إذا أتلفها؛ يريد: ما لم يل نفسه، وقال يحيى بن عمر: هي جناية في رقبته إن كان مأذونا له.

---

(1) أخرجه البخاري: 4/ 64 و65 في الحج، باب حج النساء، ومسلم: رقم (1341) في الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره. بلفظ: لا يَخْلُونَّ رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم.

قُلتُ: قول اللخمي يريد: ما لم يل نفسه يقتضي أنه غير منصوص له، ونقله عنه الشَّيخ بلفظ: إن كان وغدا لا يستودع فلا شيء عليه في رقه، رد ذلك عنه سيده أو لم يرد حتى يلي نفسه بالعتق؛ يريد: فيتبع وأنكرها سَحنون.

اللخمي: إن كانت الوديعة عينًا والعبد موسرٌ فهي في ذمته؛ لأن له أن يتسلفها على قول، وإن كان معسرًا أو الوديعة عرضًا حسن الاختلاف هل تكون في ذمته أو رقبته، وسمع عبد الملك بن الحسن أشهب: من أتى رجلًا يستودعه مالًا، فقال له: ادفعه لعبدي هذا، فاستهلكه العبد هو في ذمته، ولو غره السيد منه.

ابن رُشْد: قول ابن عبد الحَكم: لا تكون في ذمة العبد إلا ببينة لا بإقراره صحيح.

وقيل: السيد ضامن إن غره وهو على الخلاف المعلوم في الغرور بالقول، وعلى ضمانه ذلك يباع العبد فيها.

ابن حارث: اتفقوا على أن العبد المحجور عليه يستودع الوديعة فيستهلكها أن للسيد فسخها عليه، واختلف في المأذون فقال ابن القاسم: كالحر لا يفسخها مطلقًا، وقال أشهب: يفسخها إن كان مثله لا يستودع.

وفي الزاهي: لا يؤتمن الكافر ولو كان مليًّا.

قُلتُ: الأظهر جوازه إن كان مأمونًا.

[باب موجب ضمان الوديعة]

موجب ضمانه إياها: تصرفه فيها بغير إذنٍ عاديٍّ أو جحدها فما فوقها[1]، فيها مع

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تصرفه) أي: تصرف المودع بفتح الدال.

قوله: (بغير إذن) أخرج التصرف مع الإذن والعادي غير القولي فيدخل القولي.

(فإن قلت): إذا أودعها لضرورة سفر أو عورة منزله صح له ذلك وأين الإذن.

(قُلتُ): الإذن هنا عادي أو شرعي والله سبحانه أعلم، ولنذكر هنا مسألة وقعت لتمام الفائدة لما هنا من موجب الضمان، وإنما نبهنا عليها هنا لئلا يوهم أن ما ذكره الشَّيخ هنا مخالف لما صوبنا من عدم الضمان في النازلة، ونذكر ما لخصته فيها بعد تصورها وتأملها وذلك أن رجلاً أعطى بضاعة أمانة يتجر بها في بلاد المغرب من المواضع المأذون فيها عادة فذهب المبعوث معه بالمال إلى

المغرب، ثم قدم وادعى أنه أودعه ببلد من بلاد المغرب واستظهر بإشهاد في ذلك، وإن العدو دمره الله تعالى أخذ البلدة المذكورة واستولى على ما فيها وإنه أخذ ما وجد بالبلدة من المتاع وغيره فادعى رب البضاعة أن الرجل تعدى في مسيره إلى تلك البلدة؛ لأنه سافر بالمتاع من بلد فاس إليها وطريقها مخوف وتعلق الضمان بذمته فلا يسقط الضمان عنه بوصول المتاع إلى تلك البلدة المأمونة وأثبت أن الطريق مخوف فوقع الكلام بين فقهاء الزمان وترددوا في النازلة، فقال قائل منهم: بضمان المبضع معه إذا أثبت ما ذكر، وقال آخرون: بعدم الضمان وهو الذي ظهر لي وانتصرت له بمسائل مذهبية تدل على عدم الضمان شبيهة بالنازلة المذكورة إذا أثبت العذر؛ للإيداع وإن لم يقع منه إشهاد على الإيداع كما صححه جماعة من شُيُوخ المذهب.

(المسألة الأولى) الشاهدة لما ذكرناه أن ابن القاسم في كتاب القراض من المدَوَّنة قال: فيمن نهى رجلا عن الخروج بالمال من مصر، ثم خرج به إلى إفريقيَّة عينًا، ثم رجع به عينا قبل التجربة بمصر فخسر أو ضاع قال: فلا ضمان عليه وجه الشبه بقياس تمثيلي فيقال مال على وجه الأمانة تعدى في الخروج، ثم عاد سليمًا إلى موضع مأذون فيه فهلك فلا يقع الضمان فيه أصله هذه المسألة وهي مسألة ابن القاسم لا يقال بإبداء فارق بالإذن الجزئي في صورة ابن القاسم والإذن الكلي في الصورة الواقعة والإذن الجزئي أقوى من الكلي؛ لأنا نقول العلة المنصوصة التي ذكر ابن القاسم؛ لأنه رده إلى مصر هذه العلة يحتمل أن يراعى فيها الإذن العام في عدم الضمان من غير إضافة شيء إليه وهو الظاهر، ويحتمل أن يريد به الإذن الخاص وهو التجر في بلد مصر فإن قلنا بالأول قلنا بما يناسب بساطة العلة، وإن قلنا بالثاني قلنا بما يناسب تركيبها وبساطتها أولى.

(المسألة الثانية): من أنفق وديعة، ثم ردها لموضعها فقد قال فيها: لا ضمان فيها بعد ضياعها وهي أحروية في النازلة؛ لأنه إذا كان لا ضمان مع رد المثل فأحرى مع رد العين، وقد استدل بذلك ابن القاسم في كتاب القراض على مسألة القراض انظره والاستدلال إنما هو على قول ابن القاسم، وقد علم ما في النازلة من الخلاف.

(المسألة الثالثة): ما ذكره ابن الموَّاز رحمه الله قال: من استودع دابة أو ثوبًا، ثم أقر المودع بركوب الدابة ولبس الثوب، ثم هلك ذلك فقال ربه هلك بيدك قبل رده وقال المودع: إنما هلك بعد الرد.

قال: صدق المودع بعد يمينه أنه رده.

قال: وهذا إذا أقر وإن قامت عليه بينة فلا يصدق إلا بينة بالرد.

قال: وهو قول أصحابنا ونقل عن سَحنون أنه لا ضمان عليه مطلقًا.

قال بعض المشايخ: والخلاف في هذه يجري على الخلاف في رد الوديعة بعد تسلفها وما ذكره بعض المشايخ من الإجراء فيه نظر؛ لأنا قررنا أن تسلف الوديعة أقوى لتلف العين، والعين هنا قائمة فتأمله وتقدم بحث في كلام ابن الموَّاز في غير هذا حذفناه لطوله.

(المسألة الرابعة): الشاهدة للنازلة ما ذكره الشَّيخ خليل في مختصره، والنص فيه كذلك في قوله وبرئ إن رجعت سالمة.

قال شارحه: ما معناه فإن سافر الوديعة حيث لا يجوز له، ثم رجعت سالمة فلا ضمان عليه إن ضاعت فهذه قوية الشبه وأقوى مما ذكرنا في الشبه.

(المسألة الخامسة): إذا أودع وديعة، ثم تعدى المودع وأودعها من غير عذر، ثم رجعت إلى يده فهلكت فقالوا لا ضمان عليه وهذه قريبة من الرابعة في قوة الشبه من هذه المسائل ومن غيرها وتقوي القياس الدال على عدم الضمان وهو الصواب ومن قال بالضمان من أهل العصر استدل على قوله بقول ابن القاسم من اكترى دابة وبلغ الغاية، ثم زاد زيادة على المسافة أو حبسها أيامًا، ثم رجعت بحالها، فقال: لربها الكراء وله الخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي أو الكراء فيما حبسها فيه.

قال: فكما أن ابن القاسم قال بالضمان ولو رجعت سالمة فكذلك في النازلة المذكورة والجامع ظاهر مما تقدم فظهر لي في رد هذا القياس أن قلت: إن سلمنا صحة القياس المذكور المعارض لقياس عدم الضمان يترجح القياس الأول على الثاني؛ لأنه قياس على أصل قوي في الشبه من جنس المشبه به وهو الأصل؛ لأن البضاعة والوديعة والقراض كل منها قريب في الشبه وأقر جنسًا من الأكرية؛ لأن الأكرية فيها المعاوضة ولا عوض في المذكور بوجه وباب الأكرية أبعد في الشبه وإن اشتركا في عدم الضمان فثم خصوصيات اختص بها ما ذكرنا، ثم لنا أن نقول: إن العلة التي علل بها ابن القاسم في المسائل السابقة.

قال: لأنه رد الوديعة إلى المأمن بعد التعدي فيها، وفي مسألة الكراء علل ذلك بأحد وجهين، إما لأنه حبسها عن أسواقها أو أنه لما تعدى فيحتمل أن يكون الهلاك من غير التعدي؛ لأن الحيوان لا يبقى على حال وكلا العلتين لا يمكن وجودهما في النازلة المذكورة.

ثم إن مسألة الكراء قد ضعفها سَحنون وناقضها بمسألة الدابة التي اكتراها وحمل عليها وزنًا معلومًا، ثم زاد عليها ما تعطب بمثله، ثم نزع الزيادة، ثم ماتت.

قال: فقال ابن القاسم: لا ضمان عليه، ثم مما يقوي ما اخترناه أن سَحنونا رَحِمَهُ اللَّهُ قاس واستدل على قوله بمسألة الوديعة إذا ردها بعد تسلفها فهذا يدل على صحة قياسنا الأول، وتأمل هنا مع مناقضة سَحنون قول ابن القاسم بالمسألة التي ذكرناها بقي أن يقال تنظير سَحنون بما ذكر من الوديعة يضعف ما أشرتم إليه من بعد هذا القياس في الكراء الذي قيست عليه الوديعة، وفيه نظر أشرنا إليه في غير هذا ومسألة الغصب المذكورة بعد الشبه فيها من كل وجه.

(فإن قيل): كلام الشَّيخ هنا فيما ذكره من موضع الضمان يشهد لمن خالف.

(قُلتُ): ليس فيه دليل؛ لأنه لا بد من تخصيص لفظ بما وقع فيها من نظير النازلة من المسائل التي ذكرناها والله أعلم وبه التوفيق.

غيرها إيداعه إياها لا لعذرٍ في غيبة ربها توجب ضمانه إياها، وسفره وخوف عورة منزله عذر.

اللخمي: الجار السوء كخوف عورة المنزل إن حدثا بعد الإيداع ولم تقدم الإيداع، والمودع عالم لم يكن له أن يودعها، فإن فعل ضمن، وإن كان صاحبها غير عالم ضمن، ضاعت عنده أو عند غيره إلا أن تضيع عنده؛ لا من السبب الذي يخاف منه كذا وقع في غير نسخة من اللخمي، وكذا نقله ابن عبد السلام وقبله، والصواب إن كانا عالمين بالخوف فهو لغو لدخولهما عليه، ومقابله غرر عذر وإلا فالأظهر اعتبار حال الفاعل؛ لأنه مالك التصرف بالذات.

الصقلي: لأشهب من أودع وديعة وهو في خراب يخاف عليها فأودعها لغيره في أعمر من مكانه، فإن علم ربها بخراب مكانه وخوفه ولم يزد خرابه فالمودع ضامن، وإن زاد فلا ضمان عليه.

عبد الحق: إن علم المودع عورة رب المنزل منزل المودع فأودعه غيره ضمن إلا أن يزداد منزله اعورارًا.

وفيها: لا يصدق في إرادة السفر أو خوف عورة المنزل إلا ببينةٍ، وخرج اللخمي تصديقه من تصديق ابن القاسم، من اكترى دابة فقدم دونها، وقال: أودعتها؛ لأنها وقفت علي.

قال: وهو في الوديعة أبين إذ لا يتهم أحد في إخراج الوديعة من يده إلا لعذر، ومحمل قول ابن القاسم في تصديقه في إيداعها إن ثبت الخوف والسفر على أن المودع الثاني مقر بالقبض مدع ضياعها، وإن كذبه في دفعها إليه لم يصدق على أصله فيمن أمر أن يدفع لغير اليد التي دفعت إليه.

وقال عبد الملك: يصدق وبه أرى القضاء اليوم؛ لأن الشأن دفع الودائع بغير بينة، لو أراد ذو وديعة أو بضاعة أو قراض دفعه لمن يبلغه لربه ببينة لم يقبله منه أحد.

قال ابن عبد السلام إثر كلام اللخمي: وفيما ألزمه ابن القاسم هنا نظر فتأمله.

قُلتُ: الأظهر أن الإلزام واضحٌ أحرويٌّ؛ لأنه إنما أمر بالدفع نصًّا فأكذبه المدفوع

إليه أنه يضمن، فأحرى في هذه التي دفعها فيها للغير إنما هو بالعرف لا بالنص ولا أنه خلاف نقل عبد الحق.

قال: حكي عن الشَّيخ أبي محمد فيمن أودع لخوف عورة منزله أو سفره وعلم ذلك منه أنه إن أودع الوديعة بغير بينة لم يضمنها إن أنكرها من زعم أنه أودعها إياه، أو قال: أودعني وتلفت؛ لأنه لما خاف عورة منزله أو أراد السفر أبيح له أن يودع غيره فصدق وإن لم تقم له بينة.

الصقلي: كدفعه لزوجته أو خادمه، وينبغي على أصولهم إن لم تقم له بينةٌ على إيداعه أن يضمن كمن دفع لغير من دفع إليه؛ لكنهم لم يضمنوه للعذر.

وفيها: إن أراد سفرًا أو خاف عورة منزله وربها غائبٌ فليودعها ثقة ظاهره ولو كان دونه في ثقته، ونحوه في شفعة الشفيع في شخص بيع بثمن إلى أجل، وفي سماع عيسى في رسم إن أمكنتني.

قال ابن رُشْد: ظاهره إن كان مليًّا لم يلزمه حميلٌ، وإن كان المشتري أملى منه، وقال أشهب: إن كان المشتري أملًا منه منه فعليه أن يأتي لحميل فعليه مثله في الملاء.

قُلتُ: ولا يلزم تخريج قوله في المودع؛ لأنه كمضطر والشفيع مختار، وفي رسم شك من سماع ابن القاسم من البضائع والوكالات الأول: من أبضع معه بضاعةً من مكة لمصر فمر بالمدينة وله بها إقامة، ووجد ثقةً يخرج لمصر، لا بأس به أن يبعث بها معه.

عيسى: سئل ابن القاسم عنه، فقال: لا شيء على المبضع معه ذهبت منه أو من الرسول.

ابن القاسم: إن لم يجد لها محملًا معه فأعطاها لبعض من يثق به لم يضمنها، ولو كان معه محمل فحملها غيره ضمنها.

ومثله الحاضر يستودع وديعةً فيودعها غيره، إن كان لخراب منزل أو عورة وليس معه من يحفظ منزله، أو أراد سفرًا فأودعها من يثق به فضاعت لم يضمنها.

وفي سماع سَحنون: قال مالك: في مكي بعث مع رجل بضاعةً لمصر فعرضت له

حاجة بالمدينة فبعث بها مع من يثق به لمصر: لا يضمنها.

سَحنون: قلت لابن القاسم: ما تقول فيها؟

قال: إن كانت إقامته بالمدينة الأيام اليسيرة فبعث بها ضمنها، وإن أراد إطالة الإقامة بالمدينة فأرى أن يبعث بها، واستحسن قول مالك؛ لأنه إن حبسها وأقام بالمدينة الإقامة الطويلة فتلفت رأيته ضامنًا.

ابن رُشْد: قول مالك أولًا لا بأس أن يبعث بها مع ما حكى سَحنون عنه لا ضمان عليه دليل على أنه لا ضمان عليه إن أمسكها مع نفسه، وهو نص سماع عيسى ابن القاسم وإنما سقط عنه الضمان إن ادعى الرسول تلفها إن أشهد عليه بالدفع، وسماع عيسى ابن القاسم تفسير لقول مالك، وقول ابن القاسم في رواية سَحنون عنه في الإقامة اليسيرة والطويلة إلى آخر قول ابن القاسم، واستحسن قول مالك ظاهره أنه خلاف قول مالك، ولا ينبغي حمله عليه؛ لأنه لم يتكلم على إقامة الأيام اليسيرة ولا على الإقامة الطويلة، بل على ما بينهما، فإن كانت أيامًا يسيرة نحو ما يشتغل المسافر في طريقه وجب ضمانه إن بعثها؛ لأن ربها علم أنه يقيم في طريقه قدر ما يحتاج إليه ودفعها إليه على ذلك، وإن كانت إقامة طويلة ضمن إن أمسكها وهو يجد ثقة يبعثها معه إن تلفت؛ لأن ربها لم يرد تركها بذلك البلد، إنما أراد إيطالها حيث بعث فهو متعدٍّ بإمساكها.

والطول سنة فصاعدًا على ما في سماع محمد بن خالد، وإن كانت إقامته الشهرين ونحو ذلك لم يضمن أمسكها مع نفسه أو بعث بها مع ثقة على ما قاله مالك لا يخالفه في ذلك ابن القاسم، فلم يرد بقوله: وأنا أقول خلافًا بل بيانًا، وتمثيل ابن القاسم المبضع معه لا يجد للبضاعة محملًا فيبضعها من يثق به بالحاضر المودع يخاف على الوديعة من عورة منزله أو عدم من يحفظها فيودعها غيره ليس بتمثيل صحيح، وهو خلاف روايته أول كتاب الوديعة من أنه لم ير السفر كالحضر؛ لأنه إنما دفعها إليه في السفر لتكون معه فالآتي على رواية المدَوَّنة ضمانه البضاعة إن دفعها لغيره، وإن لم يجد لها محملا إلا أن يعلم ربها أنه إن لم يجد لها محملا أعطاها من يحملها فلا يضمنها، وإن لم يعلم بذلك

ضمنها؛ إن قبضه إياها دليل على أنه يحملها، يؤيد هذا التأويل سماع يحيى: من بعث لرجل بنفقة يشتري له بها متاعا فدفعها المرسل إليه لمن يشتري له فتلفت أنه ضامن إلا أن يعلم رب النفقة أنه لا يلي اشتراء مثل هذا المتاع، وإنما تشبه مسألة الحاضر المودع يخرب منزله فيودع الوديعة غيره، ما قاله سَحنون آخر سماعه: من أبضع معه بمال فخرج عليه لصوص فلما قاربوه ألقاها في شجرة ليحرزها أو دفعها لفارس ينجو بها أنه لا ضمان عليه.

وفيها: إن سافر فحمل معه الوديعة ضمنها كقول مالك: من ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها لورثتها بالمدينة فلم يأته خبر منهم فخرج بتركتهم إليهم فهلكت بالطريق ضمنها حين خرج بغير أمر منهم.

عياض: خرج بعض الشُيُوخ الخلاف في هذا الأصل من مسائل وقعت في الواضحة لأَصْبَغ في توجيه القاضي مال اليتم، ولمالك في الموازيَّة في الأوصياء والمبضع معه تحدث له إقامة وشبهها من جواز السفر بالمال وتوجيهه لأربابه رفع الضمان في ذلك.

وخرج بعضهم هذا من قولها في كتاب الجهاد في المستأمن يموت عندنا ويترك مالًا: فليؤد ماله لورثته ببلده، وقال غيره: يدفع ماله لحكامهم.

وفيها: من أودع وديعةً عند غيره، ثم استردها منه فضاعت لم يضمن لقول مالك إن أنفق منها ثم رد ما أنفق منها لم يضمن.

وفي النوادر: ومن كتاب آخر قال أشهب وعبد الملك: من أودع جرارًا فيها إدامٌ أو قوارير فيها دهنٌ فنقلها من موضع في بيته إلى موضع فانكسرت، في ذلك لم يضمنها ولو سقط عليه من يده شيء فانكسرت أو رمى في بيته بشيء؛ يريد: غيرها فأصابها فانكسرت ضمنها أشهب في كتابه، لو سقطت من يده فانكسرت لم يضمنها، وكذا نقلها ابن شاس ونقلها ابن الحاجب بنقلها نقل مثلها، وهي زيادة حسنة موافقة للأصول كالراعي يضرب الشاة ونحوها فتصيب إن ضربها ضرب مثلها لم يضمن.

وفيها لابن القاسم: من أودع وديعة فأودعها امرأته أو خادمه اللتان يرفعان له أن يرفعاها في بيته فلا ضمان عليه، وهذا لابد للرجل منه، وبلغني أن مالكًا قال: إن دفعها لامرأته ترفعها لم يضمن.

عبد الحق: لو لم يكن من شأنه أن يدفع لزوجته أو أمته لقرب تزويجه أو شرائه الأمة أو لعدم وثوقه بهما في ماله فإنه يضمن، وليس له اختبارهم بمال غيره، وظاهر الكتاب يدل عليه.

عياض: حمل بعضهم قولي ابن القاسم ومالك على الخلاف، ابن القاسم شرط أن عادته معها كذلك، ومالك لم يشترطه، وحملها أكثرهم على الوفاق وهو ظاهر قياس ابن القاسم على قول مالك، وقوله بعد: والعبد والأجير على ما أخبرتك ظاهره أنهما كالمرأة والخادم على ما تقدم من تفصيله وعادته معهما، وتأويله بعضهم فيما حكاه ابن سهل في بعض تعاليقه أنهما بخلاف الزوجة وضعفه، وحمل بعضهم قول أشهب في تضمينه بإيداعه الخادم عبدًا كان أو أجيرًا، وإن كان في عياله على الخلاف، وحمله آخرون على الوفاق وأن معناه ليس من عادته إيداع متاعه عنده.

قُلتُ: ظاهر لفظ عياض والصقلي واللخمي أن خلاف أشهب إنما هو في غير الزوجة، ولابن رُشْد في أول مسألة من كتاب الوديعة في العتبيَّة نص المدَوَّنة: أنه لا ضمان عليه إذا وضع الوديعة عند امرأته أو خادمه خلاف قول أشهب أنه ضامن في ذلك، وقيل: قول أشهب وفاق لقول ابن القاسم وروايته، فقول أشهب: إن كان العرف عدم رفعه ماله عند أهله وعدم ائتمانهم، فكل تكلم على مقتضى عرفه، فعلى هذا لا خلاف بينهم إن علم عرف البلد، ويختلفان إن جهل، أشهب يضمنه حتى تقوم البينة أن العرف ائتمان الناس أهليهم على أموالهم، وابن القاسم لا يضمنه حتى يثبت أن العرف أن الناس لا يأتمنون أهليهم، والأظهر أنه اختلاف قول إذ من حجة صاحبها أن يقول: إنما رضيت بأمانتك ولم نعلم أنك تأمن أهلك كما يفعل الناس، فعلى هذا يتحصل فيها ثلاثة أقوال:

الأول: لا ضمان عليه وإن كان الناس لا يأتمنون أهليهم، وهو ظاهر المدَوَّنة.

والثاني: ضمانه ولو كان الناس يأتمنون أهليهم، وهو ظاهر قول أشهب.

والثالث: الفرق بين كون العرف الائتمان أو عدمه، ومن كان لا يأتمن أهله ضمنها بدفعها إليهم كيف ما كان عرف الناس قولًا واحدًا.

ولم يعط في المَدَوَّنة جوابًا بينًا في العبد والأجير إن كانا في عياله فوضع عندهما ما بيده من وديعة، والآتي على قوله فيها لا ضمان عليه إن كان يأمنها على ماله ويسترفعهما إياه.

وفيها: ويصدق أنه دفعها إلى أهله أو أنه أودعها على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها.

عبد الحق: يصدق؛ لأن عرف الناس الدفع إليهم دون إشهادٍ والعرف كالشرط، كما في الرسول يشترط الدفع بغير بينة ويحلف أنه دفع لزوجه إن أنكرته إن كان متهمًا وإلا فلا يمين عليه، فإن وجب حلفه لتهمته فنكل غرم وله أن يحلف زوجته، وإن نكل وهو معسرٌ كان لرب الوديعة تحليفها وإن لم تكن متهمة؛ لأنه يقوم مقام الزوج في طلبها باليمين كما يطلب غريم الغريم، وقاله بعض شُيُوخنا، ولما نقله الصقلي قال: ويظهر لي أن يحلف وإن كان غير متهم؛ لأن هنا من يكذبه كقوله رددت الوديعة إلى ربها فيكذبه فإنه يحلف وإن لم يكن متهما.

وفيها: مع آخر قراضها، من هلك وقبله قراضٌ وودائع ولم توجد ولم يوص بها فذلك في ماله ويحاص بذلك غرماؤه، ومثله سمع ابن القاسم في كتاب التفليس.

ابن رُشْد: هذا صحيحٌ لا أعلم فيه خلافًا.

قُلتُ: قال اللخمي: من مات وقبله وديعة فلم يذكر شيئًا حتى مات، فاختلف هل تكون في ذمته، ثم قال: محملها في العين على أنه تسلفها، وكذا المكيل والموزون بالبادية إلا من علم أن شأنه لا يتسلف فيحمل على عادته إلا أن يعلم أنه نزل به ما يضطره للسلف، وفي العروض على التلف إلا من علم منه قلة الأمانة، وكذا المكيل والموزون بالحاضرة والمخازن بالمكيل والموزون توضع بالحاضرة، الشأن عدم الإفتيات عليها، وشأن البادية إسراع أيديهم إليها، وإذا تعلقت بالذمة ضرب بها مع

الغرماء، وقال بعض أهل العلم: لا يضرب بها؛ لأن الضمان بغلبة الظن دون قطعٍ، ولابن القاسم نحوه.

قال في كتاب الشركة في متفاوضين أودع أحدهما وديعة فمات فهي في نصيبه دون شريكه لما أشكل أمرها هل ضاعت أم لا؟ ولو حمله على التصرف فيها كانت في كل المال؛ لأنه على أحد أمرين، إن كان تجر فيها فهي في جميع المال، وإن كان قد أنفقها فقد ترك عوضها في المال؛ لأنه لو لم ينفقها لأنفق من المال.

قُلتُ: في زاهي ابن شعبان: من هلك وعنده وديعة لم توجد وعليه دين فماله بينهما بالحصص، قاله الشعبي وداود بن أبي هند، وعن النخعي فيها قولان، هذا والآخر أن الوديعة أولى، وقال الحارث العكلي: الدين أولى، وقال ابن أبي ليلى[1]: إن لم تعرف فليس لصاحبها شيء وبالأول أقول.

قال ابن الحاجب: ومتى مات ولم يوص بها ولم توجد ضمن، قال مالك: ما لم تتقادم كعشر سنين، فقبله ابن هارون بإطلاقه، وكذا ابن عبد السلام وأتى بما يدل على إطلاق لفظه، فقال: استشكل ذلك بعضهم؛ لأن الأصل فيما قبض على الأمانة أنه باقٍ على ذلك، وقصارى هذه القرينة أن توجب شكًّا، والذمم لا تعمر بالشك، ولأجل هذا استثنى مالك بقوله ما لم تتقادم لضعف موجب الضمان في الأصل، ولو وجب محققًا ما سقط بهذا الطول، ورأى أن هذا الطول يدل على أن ربها أخذها أو ما يشبه هذا من الاحتمالات المنضمة إلى الأصل في إسقاط الضمان.

قُلتُ: وهذا لمن تأمله يدل على فهمه وحمله لفظ ابن الحاجب على الإطلاق سواءٌ كانت هذه الوديعة ثابتةً بالبينة أو باعتراف البينة المودع، وليس الأمر كذلك، بل ظاهر

---

(1) أبو عبد الرحمن، محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى الأنصاري الكوفي الفقيه، قال أحمد بن يونس: كان أفقه أهل الدنيا، أخذ عن الشعبي، ونافع، وعطاء، والقاسم بن محمد وغيرهم، وحدّث عنه شعبة، وسفيان بن عيينة، وقد تكلم في حفظه. (ت 148هـ).

وانظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: 4/262، وطبقات الفقهاء: 1/85، وتهذيب التهذيب: 9/268.

المدَوَّنة في كتاب الوديعة والقراض عكس ذلك، وهو ثبوت كونها في ذمته مطلقًا كانت ببينةٍ أو اعترافٍ، لكن هذا الإطلاق يقيده سماع ابن القاسم، سئل عن الوديعة يقر بها الذي هي عنده دون بينةٍ عليه.

قال مالك: لهذه الأمور وجوهٌ أرأيت لو مر عليها عشرون سنةً ثم مات ربها فقام يطلبها ما رأيت له شيئًا، وكأني رأيته يرى إن كان قريبًا أن ذلك له وهو رأي، ولو كان إنما لذلك السنة وشبهها ثم مات، ثم طلب الذي أقر له لرأيته في ماله.

ابن رُشْد: هذا كما قال: إن من أقر بوديعةٍ دون أن يشهد بها عليه، ثم مات ولم توجد، أن لا شيء عليه إن طالت المدة؛ لأنه لو كان حيًّا وادعى كان القول قوله مع يمينه، فإن مات لزم الكبير من ورثته أن يحلف ما يعلم لها سببًا، ولم يحمل عليه مع الطول أنه تصرف فيها بما يعلقها بذمته؛ لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا بيقين، ولأن ذلك كان يكون منه لو فعله عدة فعلى من ادعاه بيانه وهذا كان القياس لو لم تطل المدة، فتعريفه بين القرب والبعد استحسانٌ، ووجهه قوة الظن بالرد مع الطول، وقال الطول عشرون سنة، وكذا عشر سنين على ما قاله في موضع آخر.

وقال في السنة وشبهها أنه يسيرٌ، فقيل: ذلك خلاف قوله آخر الشركة منها في الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة أنه كانت عنده مائة دينار من الشركة فلم يوجد لها مسقط أنها تكون في ماله إلا أن تطول المدة، أرأيت لو كان ذلك مثل السنة أكان يؤخذ من ماله، وقيل: ليست بخلاف لها وهو الصحيح؛ لأنها مسألة أخرى.

والفرق أن للشريك التصرف في المال وليس للمودع التصرف في الوديعة.

قُلتُ: فنقل ابن الحاجب قول مالكٍ ما لم يتقادم دون تقييد ثبوت الوديعة بإقرار المودع غفلةً أو غلطة والتعقب على شارحيه أشد.

وأخذ ابن سهل وغيره من قولها في الوديعة: أن من تصدق على ابنه الصغير بثياب وصفها وأراها الشهود وحازها لابنه ثم مات ولم توجد في تركته أنه يقضى لابنه بقيمتها في تركته.

وقال ابن زَرْب: لا شيء له إلا أن تقوم بينةٌ أنه باعها بعد سنة، وفرق بينها وبين

الوديعة باحتمال بيع الأب هذه العروض قبل السنة.

قال: وهذا الشك يمنع من تضمينه.

وسمع ابن سهل: هذا اعتلال ضعيف، والصواب أنها كالوديعة، وسمع أبو زيد ابن القاسم: من هلك وترك ودائع ولم يوص فتوجد صررٌ مكتوبٌ وديعة فلانٍ ابن فلان، وفيها كذا وكذا دينارًا ولا بينة على أنه استودعها إياه إلا بقوله ووجدوها عند الهالك كما ادعى، لا شيء له منها، لعله دفع لأهل البيت دراهم حتى كتبوا فوق هذه الصرر ما يريد.

ابن رُشْد: لا يقضى بها لمن وجد عليها اسمه إن لم تكن بخطه ولا بخط المودع، وتقدم تحصيل ذلك في سماع عيسى في رسم أسلم.

قُلتُ: قال فيه: إن لم يعلم خط من كتب عليها أنها لفلان لم يقض له بها، وإن كانت بخط المتوفى الذي وجدت عنده فهي لمن وجد اسمه عليها اتفاقًا فيها إلا على قول من لا يرى الشهادة على الخط، وإن كان بخط مدعي الوديعة، فقال أَصْبَغ في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب المديان: إنه يقضى له بها مع كونها في حوز المستودع.

وقال ابن دحون: لا يقضى له بها لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه وأخذ منه على ذلك جعلًا.

الشَّيخ لأشهب في كتابه: من قال عند موته: قراض فلان ووديعة فلان في موضع كذا فلم يوجد حيث قال: فلا ضمان عليه، وذكره اللخمي غير معزو كأنه المذهب.

ومن بعث بمال بضاعة لرجلٍ ببلدٍ فمات ولم يوجد في تركته وأنكر المبعوث له قبضها، ففي ضمانها المبعوث معه مطلقًا، أو إن مات قبل وصوله البلد، ثالثها: العكس للصقلي عن محمد مع أشهب وسَحنون قائلًا في روايتها: هي رواية سوءٍ، ولها وللموازية وفيها: إن مات بعد وصوله حلف ورثته إن كان فيهم كبيرٌ ما نعلم له شيئًا.

اللخمي: يحسن تضمينه بموته بالطريق إن أقام بعد قبضها وهي عينٌ، ومثله يتصرف في الوديعة.

عياض: حمل الأكثر قول أشهب على الخلاف، وتأول حمديسٌ قولها على أنه فيما تطاول، وأن الذي يجيء على أصله في القرب أن يضمن، وكذا ضمنه في الموازيَّة.

قُلتُ: فعلى عد التأويل قولًا وهو فعل ابن رُشْد الأقوال خمسةٌ الثلاثة واختيار اللخمي، وتأويل حمديسٍ.

وفيها: من دفعت له مالا ليدفعه لرجل فقال: دفعته له فأكذبه، لم يبرأ إلا ببينةٍ، ولو قبضه بغير بينة، ولو شرط دفعه بغير بينة لم يضمن ولو لم تقم له بينة.

عبد الحق: ولو شرط أن لا يمين عليه لم ينفعه؛ لأن اليمين إنما ينظر فيها حين تعلقها فكأنه شرط إسقاط أمرٍ لم يكن بعد بخلاف ترك الإشهاد.

قُلتُ: انظر هذا مع القول بالوفاء بشرط دعوى التصديق في دعوى عدم القضاء.

وفيها: أليس قد قال مالكٌ: من بعث رجلًا بمال أمره بدفعه لفلان، فدفعه له بغير بينة وصدقه فلانٌ أنه لا ضمان عليه، قال: نعم.

عياض: اختلف في تأويلها فقال ابن لبابة وغيره: معناه أنه يبرأ بتصديق المبعوث إليه قبضها من حق أو وديعة، وعليه اختصرها أكثرهم وهو بينٌ في الواضحة بين.

وقال حمديسٌ: إنما يجب أن يكون على أصله فيما أقر به المبعوث إليه من حقوقه أو وديعةٌ قائمةٌ بيده، وإن ادعى تلفها أو أنكر قبضها، فلا يبرأ الرسول إلا ببينةٍ على الدفع، وقاله جماعةٌ من الأندلسيين.

قُلتُ: وتقدم كلام ابن رُشْد في هذا في الوكالة فتذكره.

وخلط الوديعة بمثلها مكيلًا أو موزونًا أو بغيره متيسرًا ميزه مغتفرٌ، وبغيرها يوجب ضمانه.

وفيها: من خلط وديعة حنطة بمثلها على وجه الإحراز والدفع فهلك الجميع لم يضمن، وإن كانت مختلفة ضمن.

ومن خلط دنانير وديعةً عنده أو دراهم بمثلها فضاع بعضها لم يضمنه وما بقي بين مالكيها؛ لأن دراهم أحدهما لا تعرف من دراهم الآخر، ولو عرفت بعينها كانت دراهم كل واحد منهما منه؛ لأنها لا يغيرها الخلط.

اللخمي: إن خلط دنانير أو دراهم بغيرهما مما يتميز منها لم يضمن إن ضاعت، ولابن الماجِشُون: إن كانت الأولى كثيرةً فخلطها بقليلة لم يضمن، وإن خلطها بمال عظيم حتى أشهرها ضمن، وهذا يحسن إن كانت حيث لا يظن ذلك فيه، ولو كانت فيه بتابوتٍ أو صندوق لم يضمن.

وإن خلط شعيرًا بمثله ففيها ليس متعديًا، ولعبد الملك في ثمانية.

أبي زيد: هو ضامن، ورأى أنها تختلف فيها الأغراض، قد يظن المودع أنهما سواء، ويرى غيره أن الوديعة أفضل، ومنع ابن القاسم في الرهون الشريك من مقاسمة المرتهن في الطعام حتى يقاسمه السلطان، والصبرة الواحدة أخف في الاختلاف في الأغراض من خلط الطعامين.

قُلتُ: إنما منعه؛ لأن المرتهن غير مأذون له في القسم على الغائب وتوقع الغبن في القدر، وقال: وإن ضاع بعض الدنانير والدراهم بعد الخلط كانا شريكين في الباقي بقدر ما لكل منهما، ويتفق فيه مالكٌ وابن القاسم لشركته قبل الضياع بوجه جائز وتقدم هذا في تضمين الصناع.

قُلتُ: في النوادر عن ابن الماجِشُون: من أودعه رجل ثلاثة دنانير وآخر دينارين وآخر دينارًا فخلطها فضاع منها دينار، فلرب الثلاثة ثلاثة إلا ربعًا، ولرب الدينارين ديناران إلا ربعًا، ولرب الدينار نصفه، يقال لرب الدينار: أنت لا تدعي من الباقي إلا دينارًا فيعزل وتبقى أربعة، لا يدعي رب الدينارين منها إلا دينارين فتعزل ويبقى ديناران لا يدعيهما إلا رب الثلاثة فيأخذها، ثم الثلاثة المعزولة لا يدعي رب الدينار منها إلا دينارًا لتقدم أخذه فيعزل، ويبقى اثنان لا يدعي رب الثلاثة منها إلا دينارًا لتقدم أخذه دينارين فيعزل، ويبقى دينار لا يدعيه إلا رب الاثنين فيأخذه، ثم يرجع إلى الدينارين المعزولين رب الدينار لا يدعي منهما إلا دينارًا، فيبقى دينارٌ فيقسم بين رب الثلاثة ورب الدينارين؛ لأن كل منهما يدعيه ويبقى دينار فيقسم بينهم، لرب الدينار نصفه؛ لأنه يدعيه جميعه، ولرب الثلاثة والدينارين نصفه بينهما؛ لأنهما يدعيانه كله، هذا قول ابن الماجِشُون وأبيه عبد العزيز وابن القاسم.

وقال مالك: الدينار التالف يقسم بينهم على الأجزاء، على رب الثلاثة ثلاثة أجزائه، وعلى رب الدينارين جزآن، وعلى رب الدينار جزءٌ، وبه أخذ الليث بن سعد وابن كنانة وابن وَهْب ومُطَرِّف وأشهب وأَصْبَغ وابن حبيب، ولو عرف التالف لمن هو كان منه وحده.

وفيها: إن خلط صبي وديعة قمح بأخرى شعير اتبع بمثلهما، وله ترك ضمانه بشركتهما بقيمتي طعامهما بعد معرفة كيلهما.

قال بعض شُيُوخ عبد الحق: إنما تجوز شركتهما على الكيل لا القيمة؛ لأنها توجب تفاضل الطعامين، ويباع ويقسم ثمنهما على قيمة كيلهما.

قُلتُ: قصره الشركة أولا على الكيل ينافي قسمة الثمن على قيمتهما، وجواب بعض الفاسيين بحمل الثاني على إرادتهما قسمه على القيم، يرد بأن شركتهما على الكيل يبعد معها رضى رب الشعير بالقسم على القيمة غالبًا، وبقول عبد الحق: لا يجوز بيع أحدهما حظه شائعًا؛ لأن المشتري لا يصل لأخذ ما اشتراه إذ الحكم بيعه وقسم ثمنه على قيمة طعام كل منهما، فيكون المشتري اشترى شيئًا مجهولًا.

قال: فإن كان الصبي عديمًا قسم ثمن الطعام على قيمة ما لكل منهما يوم الحكم فيشتري له مثل طعامه وما نقصه تبع به الصبي، ولو تركا ضمانه قسم ثمنه على قيمتهما يوم الخلط، وجاز بيعه مخلوطًا؛ لأنه بغير فعلهما.

وفيها: لا يجوز إعطاء أحدهما الآخر مثل طعامه ليختص بالمخلوط.

ابن أخي هشام: لأن اختلاف قدر قيمة طعاميهما قبل خلطه يوجب اختلاف قدر حظيهما في المخلوط، فلو أعطاه مثل طعامه قبل خلطه دخله تفاضل الطعامين.

ولابن رُشْد في أجوبته: تحصيل اختلاف الروايات والتأويلات فيمن غصب قمح رجلٍ وشعير آخر فخلطهما أن المذهب غرمه مثل ما لكل منهما، فإن أعدم بيع المخلوط واشترى بثمنه ذلك، فما نقص فعليه وما فضل له.

وفي شرط أخذهما المخلوط عما وجب لهما برضاه قولا أشهب وابن القاسم، وعليه إن أخذاه قساه على قيمتي طعاميهما يوم الخلط، ودليل المدَوَّنة تقويم القمح غير

معيب، وقول سَحنون يقوم معيبًا ولا وجه لمن فسر قول ابن القاسم بقسم ثمنه ومنع قسمه على القيمة؛ لأنه تفاضلٌ.

وقول سَحنون: يقسمان ثمنه استحسانٌ لا على الوجوب؛ لأن بيعه إنما هو على ملكهما، فلو حرم على رب القمح أخذ أكثر من قمحه لحرم عليه أخذ ثمنه، وقال ﷺ: **«لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فأكلوا أثمانها»**(1)، ويؤيده سماع عيسى ابن القاسم إن فقد الغاصب لم أحب قسمهما الطعام على الكيل فمنعه؛ لأن الواجب قسمه على القيم، فلو قسماه على الكيل تفاضلا؛ ومعنى: لا أحب لا يحل، فإن الواجب لهما مثل طعامهما، فلو وجب قسمه فتركهما إياه على القيم كان كل منهما أخذ عن ما له عليه أكثر أو أقل وهو ربا.

أجيب بأن هذا أمرٌ أوجبه الحكم وليس بيعًا لعدم وقفه على رضى الغاصب، وعلى هذا لا يجوز لأحدهما إعطاء الآخر قدر طعامه ليختص بالمخلوط؛ لأنه تفاضلٌ، وعلى الأول إن أخذاه برضاه لم يقسماه إلا على كيل طعامهما لا على القيم، ويجوز إعطاء أحدهما الآخر برضاه مثل طعامه ليختص بالمخلوط، ولا يجوز قبل رفعهما عداء الغاصب إعطاء أحدهما الآخر عن الغاصب مثل طعامه؛ لأنه ابتاع المخلوط بما وجب له على الغاصب، وما أعطاه لصاحبه عنه فهو كمن باع مدي قمح بمدي طعام أحدهما أرفع منه والثاني أدنى منه، ولو أخذ أحدهما من الغاصب كيل طعامه لم يكن لصاحبه شركة الغاصب في المخلوط بكيل طعامه الذي وجب له عليه إلا برضاه.

وتكلم التونسي وغيره في كتاب الوديعة والغصب على المسألة فلم يحصلوا الروايات ولا جروا على أصل.

قُلتُ: وقال اللخمي: إن خلط وديعة قمحٍ بوديعة شعيرٍ مودعهما ضمن مثليهما.

وفي جواز رفعهما عداؤه بأحدهما كذلك قولا ابن القاسم مع أشهب وسَحنون،

---

(1) أخرجه البخاري: 320/5 في البيوع، باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع، ومسلم: رقم (1583) في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة.

وعلى الأول قال ابن القاسم: شركتهما على القيم؛ يريد: والقمح معيبٌ والشعير سليمٌ، ومعنى قسمه على غير ذلك، ولأبي زيد عنه إنما يقتسمان ثمنه، وقال أشهب: يقتسمان على الكيل لا القيمة؛ لأنه بها تفاضل كمن قال: أخلط قمحي بشعيرك شركة على القيم لم يجز.

قُلتُ: في كون شركتهما بقيمة ما لكل منهما غير مختلط أو مختلطًا، ثالثها: قيمة القمح معيبًا بالشعير، وقيمة الشعير خالصًا لسَحنون مرة وغيره وله أخرى.

اللخمي: لو أعطى أحدهما صاحبه مثل شيئه ليختص بجميعه ففيها: لم يجز، وأجازه أشهب بتراضيهما، ولو ضمن رب الشعير المتعدي جاز على قول أشهب بقاء الآخر على الشركة وكان شريكًا بقمحه معيبًا، ولو ضمنه رب القمح لم يكن لرب الشعير البقاء عليها مع التعدي إلا برضاه؛ لأنه يأخذ أفضل من حقه، وعلى قول ابن القاسم يجوز أيهما ضمنه؛ لأن الشركة على القيم وعليها يقتسمان الثمن، فهما على قوله برفعهما العداء كاختلاطهما بأمر سماوي وكأنهما ما اختارا تضمينه قطُّ، ولا يجوز قسمه على القيم؛ لأنه ربما لو كان قيمة قفيز أحدهما القمح معيبًا دينارين، وقيمة قفيز الآخر الشعير دينارًا وقسماه على القيم، أخذ رب القمح قفيزًا وثلثا، وأخذ الآخر ثلثي قفيز، فيكون نصف ما بيد رب القمح شعيرًا وهو ثلثا قفيز أخذه عن ثلث قفيز قمح وذلك ربا، وإنما يجوز بقاؤه بينهما على أن لهذا قمحه ولهذا شعيره حتى يباع فيأخذ كل منهما ثمن شيئه.

ولو سقط ثوبٌ قيمته ديناران في صبغ قيمته دينارٌ فمالكهما بالخيار في كونهما شركة بينهما على الثلث والثلثين، أو بقاء كل منهما على ملك ربه، فإذا باعاه قسما ثمنه على قدر ما لكل منهما يوم البيع.

وقال أشهب: في الطعامين بناء على أنهما لما ملكا التضمين كان أخذهما ذلك عن الواجب في الذمة، فلا يجوز إلا على التساوي كما لو كان لهما ذلك في ذمته من غير بعد، فإن أراد قسمه جاز؛ لأن بيع نصف قفيز قمح بنصف قفيز شعير جائز ولم يجبر أحدهما على تسليم جميعه ويأخذ مثل حظه، فيكون قد بيع عليه ملكه بمثله جبرًا.

ولسَحنون في قوله ثلاثة أوجه: أحدها: أن ذلك صار كالفائت وما لهما سالم في ذمته فليس لهما جبره على أخذ هذا، كقول ابن القاسم في الموازيَّة: من صبغ ثوبًا تعديًا ليس لربه إلا أخذ قيمته، أو لأنهما رفعا العداء للشركة ليتجرا بثمنه في المستقبل، وإن كانت الشركة في هذا على التساوي؛ لأنه يؤدي إلى التفاضل كمن أخرجا قفيز قمح وقفيز شعير ليتجرا بثمنه في المستقبل وإن كانت الشركة في هذا على التساوي فيفسد، وإن دخلا على المساواة لموضع التمادي، أو يكونا رفعا العداء ليقسماه على القيمة، ولو هلك ما لبسه المودع من ثوب أو ركبه من دابة ففي تصديقه مع يمينه أنه هلك بعد رده إن ثبت بإقراره، وإن أنكر وقامت به بينة ضمن، وتضمينه مطلقًا إلا ببينة أنه نزل عنها وهي سليمة، ثالثها: يضمن حتى يردها، للصقلي عن محمد قائلًا: هو قول أصحابنا وكتاب ابن سَحنون والصقلي عن بعض أصحابنا.

وتسلف المودع الوديعة عينًا:

اللخمي: إن كان فقيرًا لم يجز، وإن كان موسرًا ففي كراهته وجوازه مع الإشهاد بها، ثالثها: إن كانت مربوطةً أو مختومةً لم يجز، لسماع أشهب أولًا مع لقطتها، وسماعه ثانيا وعبد الملك، وأرى إن علم عدم كراهة المودع ذلك جاز، وإن علمت كراهته لم يجز، كما لو حجر عليه ذلك حين إيداعها، وإن أشكل أمره كره.

الباجي: وفي المعونة رواية الكراهة، وسمع أشهب تركه أحب إلي، واختاره بعض الناس فروجع، فقال: إن كان ذا مال فيه وفاء وأشهد فأرجو أن لا بأس به.

قُلتُ: فالأقوال على أن نقيض المستحب غير مكروه أربعة، سماع أشهب استحباب تركها، وروايتا كراهتها، وجوازها بشرط الإشهاد، وقول عبد الملك واختيار اللخمي خامس.

اللخمي: وليس له تسلفها لمن كانت مما يقضى فيه بالقيمة، وكذا المكيل والموزون إن كثر اختلافه كالكتان.

وفي إلحاق القمح والشعير وشبهه بالعين اختلاف لقولها إن تسلفها، ثم رد مثلها لم يضمنها، وقول عبد الملك: إن خلطها بمثلها ضمن.

الباجي: حكى عبد الوهاب أن هذا في كل مكيل وموزون، وقول ابن عبد السلام: وجود الجواز في تسلفها عزيزٌ، وكذا الكراهة.

يرد بقول ابن الجلاب في إنفاق الوديعة بغير إذن ربها روايتان بالكراهة والإجازة.

فإن قلت: لفظ الإنفاق يدل على أنها عينٌ والكلام في الطعام ونحوه.

قُلتُ: ليس كذلك لحمل الشَّيخ وابن رُشْد سماع أشهب من استنفق طعامًا أودعه غرم مبلغه على ظاهره.

وفي براءة متسلف الوديعة العين بردها وعدمه مطلقًا، نقل الشَّيخ عن محمد معها، وابن القاسم وأشهب، وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، ويحيى بن عمر عن رواية المدنيين مع قولهم ورواية المصريين دون قولهم، وثالثها: إن ردها بإشهاد برئ لرواية أخذها ابن وَهْب، ورابعها: لابن الماجِشُون: إن كانت منشورةً وإن كانت مصرورةً ضمنها ولو ردها، وكذا بمجرد حملها، وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمينه أو بها، ثالثها: إن تسلفها بغير بينة صدق مع يمين وإلا لم يصدق إلا ببينة لقول الشَّيخ: لم يذكر في المدَوَّنة يمينًا مع قول الباجي ظاهرها نفيها، والشَّيخ عن محمد مع ابن الماجِشُون في المنثورة والموازيَّة، وذكر اللخمي الثالث اختيارا له ولم يعزه، وقال: إلا أن يكون إشهاده لخوف موته حفظًا لحق المودع فيبرأ وإن لم يشهد على ردها.

الشَّيخ في كتاب ابن شعبان: من أودع وديعة وقال: له تسلف منها إن شئت فتسلف لم يبرأ بردها إلا إلى ربها.

اللخمي: لا يختلف في هذا؛ لأن السلف من ربها.

قُلتُ: ووجهه الباجي بهذا وقال: وعندي أنه يبرأ بردها.

قال في الموازيَّة: من صرف وديعة عنده لنفسه فليس لربها إلا ما كان له، وليس له أخذ ما صرفها به إلا بتراضيهما، ولو صرفها لربها لم يجز له أخذ ما صرفها به ولو رضيا؛ لأنه لما صرفها لربها كان ربها بالخيار فمنع ذلك صحة الصرف، فإن لم يقدر على نقضه صرفت هذه بمثل الوديعة، وربحها لربها ونقصها على المتعدي.

ابن زرقون: انظر قول محمد: لم يجز له أخذ ما صرفها به لربها وأجاز له أخذ

ربحها، واعتذر عنه بعضهم بأن معناه: أنه أضمر في نفسه أنه يصرفها لربها، ولو عقد مع الصراف أنه لربها بغير إذنه لم يجز وفسخ على كل حال، وقول محمد هذا خلاف المدَوَّنة ومذهبها أنه إن صرفها لربها أنه مخير في أخذها أو تضمينه مثلها، قاله ابن أبي زمنين وغيره.

وفي السلم الثاني منها مسألتان تدلان على ذلك:

إحداهما: من وكل من يسلم له دنانير في طعام فصرفها بدراهم لغير نظر، ثم أسلمها وقبض الطعام للآمر أخذه منه، وفي أخذه إجارة لما اعتاض من الدراهم.

الثانية: من أمر من يبيع له سلعةً أو طعامًا فباعه بطعام أو غيره؛ جاز له أخذ العوض ولم يجعله طعامًا بطعام فيه خيارٌ كما قال محمد.

قُلتُ: قد تقدم هذا في البيع والصرف، وللشيخ عن ابن عبد الحَكم: من قال لمن أودعه وديعةً: اجعلها في تابوتك ولم يقل غير ذلك لم يضمن إن قفل عليها، ولو قال: لا تقفل عليها فقفل عليها ضمنها؛ لأن السارق برؤية القفل أطمع، ولو قال: اقفل عليها قفلًا واحدًا فقفل عليها قفلين لم يضمن.

الصقلي: هو أطمع إذا كانت بقفلين؛ لأنه خلاف العادة فوجب الضمان.

اللخمي: السارق يقصد التابوت، ولو لم يكن عليه قفلٌ؛ لأنه يرفع فيه، فلا وجه لزيادة الأطماع كما لم يكن إذا قفل بقفلين.

قُلتُ: ففي تضمينه في لا تقفل فقفل، أو اقفل واحدا فقط فقفل أزيد، ثالثها في الأولى فقط للصقلي واللخمي وابن عبد الحَكم، وللشيخ عنه لو قال: اجعلها في سطل فخارٍ أو قلة فخار فجعلها فيهما من نحاس ضمن.

وفي العكس العكس: اللخمي: لو قال اجعلها في هذا السطل فجعلها في مثله لم يضمن.

وفي الزاهي: لو جعل الوديعة في جيب قميصه ضمنها، وقيل: لا والأول أحوط

للحديث: «**فانجابت عن المدينة انجياب الثوب**»[1]؛ أي: خرجت عنها كما خرج الجيب عن الثوب، وما خرج عن الثوب فليس منه.

وفي نوازل ابن الحاج: أفتى ابن رُشْد بالضمان، وقال ابن عيشون: لا ضمان عليه يحلف ولا شيء عليه، واستدل بإسقاط الضمان وقال ابن عيشون: لا ضمان عليه في مسألة النعلين في العتبيَّة.

قال ابن شعبان: ولو أودعها في الطريق فمضى في حاجته قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في كمه ملقاة لم يكن حرزًا، ولو ربطها في داخل كمه أو خارجه كان حرزًا، ولو شدها في وسطه كان حرزًا، ولو ثنى عليها بالسراويل بغير شدها لم يكن حرزًا، ولو وضعها في يده كان حرزًا.

الشَّيخ: لابن حبيب عن الأخوين: من عنده وديعة فأخذها يومًا فجعلها في كمه فخرج بها يظنها دراهم ضمنها، وكذا إن نسيها بموضع دفعت له وقام، وليس كسقوطها من كمه أو من يده دون نسيان لأخذها هذا لا يضمنها، وقاله أَصْبَغ.

قُلتُ: قوله في سقوطها من كمه خلاف ما تقدم في الزاهي، وبه يفسر قول ابن الحاجب، ولو نسيها بموضع إيداعها ضمنها، بخلاف إن نسيها في كمه فتقع.

اللخمي: لو لقيه في غير بيت، فقال: اجعلها في وسطك فجعلها في كمه أو جيبه ضمن، ولو قال: في كمك فجعلها في وسطه أو عمامته لم يضمن، واجعلها في عمامتك فجعلها في وسطه لم يضمن، ولو لم يشترط حيث يجعلها فجعلها في كمه أو عمامته لم يضمن.

وفي جعلها في الجيب نظر.

قُلتُ: لا يختلف في عدم ضمانه اليوم في الجيب؛ لأنه الأغلب من حال الناس.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من استودع وديعة وهو بالمسجد أو بمجلس فجعلها

---

(1) أخرجه البخاري: 2/417 في الاستسقاء، باب الاستسقاء في المسجد الجامع، والموطأ: 1/191 في الاستسقاء، باب ما جاء في الاستسقاء.

على نعليه فذهبت لم يضمنها ولو كان عليه رداء يمكن ربطها فيه.

ابن رُشْد: يريد: ونعلاه بين يديه؛ لأنه وجه حرزها بذلك الموضع عادة.

قُلتُ: زاد اللخمي: إن جعلها هناك بحضرته أو بعد غيبته، والوديعة ثياب أو دراهم كثيرة الشأن أن لا يجعلها في كمه إلا عند قيامه، وإن كانت صرة دنانير ضمن؛ لأنه فرط، ولو أخذ نعليه فنثرها ضمن ويختلف إن قام فنسيها، فقال ابن حبيب: يضمن، ويخرج فيها عدم ضمانه من مودع مائة ادعاها رجلان ونسي مودعها منهما، ومن يشتري ثوبين من رجلين بخيار لم يدر رب الجيد منهما.

قيل: لا ضمان عليه وأن يعذر بالنسيان أبين؛ لأنه لا يعد به مفرطًا، ونحوه للصقلي عن بعض الفقهاء.

قال: وكذا إن نسي موضعها من بيته لا يضمن.

سَحنون: من أودع وديعةً فصرها في كمه مع نفقته، ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها ضمنها.

قال بعض الفقهاء: لعله بدخوله بها الحمام.

وقول ابن الحاجب وابن شاس: ولو سعى بها إلى مصادر ضمنها واضحٌ لتسببه في تلفها، ولا أعلم نص المسألة إلا في وجيز الغزالي.

وإن أنزى مودع نعم عليها، ففي ضمانه هلاكها تحت الفحل أو بالولادة قولا ابن القاسم فيها، وأشهب قائلا: إنزاؤه عليها أرجح؛ لأنها مصلحة.

وفيها: إن زوج الأمة مودعها بغير إذن ربها فماتت من الولادة، أيضمنها في قول مالك؟

قال: أراه ضامنًا ويضمن نقص التزويج إلا أن يجبره الولد؛ لقول مالك: من ابتاع أمةً فزوجها، ثم اطلع على عيب بها يجبر نقص تزويجها بولدها، وأرى لربها في الوديعة أخذها بولدها أو قيمتها بالولد.

قُلتُ: لا يلزم من الجبر في المشتري الجبر في المودع لعدائه بالتزويج في المودع دون المشتري.

عياض: قوله في المدَوَّنة: إن أحب أخذها وولدها أو ضمنه إياه إذا نفست وأخذ قيمتها، اختلف في معنى هذا اللفظ.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: سقطت لفظة إذا في رواية إذا نفست، وتأول بعضهم ثبوتها على أن التخيير إنما يكون بعد مزايلة الولد عنها، إذ حينئذ يكون ولدا ويجبر به النقص، ويحتمل أن يريد بالنفاس الحمل، وسقوط اللفظ أصح.

اللخمي: إن أجاز نكاحها سقط حكم العداء فسخ أو أمضى على قول، وإن لم يجزه فسخ اتفاقًا، ولربها طلب عيبي التزويج والولادة، فإن تعالت من نفاسها سقط عيب الولادة إلا أن تكون من العلي التي لا يزول عيب ولادتها بتعاليها من نفاسها، فتكون له المطالبة بذلك، وقد يسقط عيب عادة التزويج إن كانت من العلي؛ لأن الشأن أنها تكسب للوطء وليست كالوخش، ثم إن كان العيب يسيرًا والولد يجبره فليس لربها غيرها، وإن كان العيب كثيرًا والولد يجبر خير ربها في أخذها بولدها ولا شيء له من قيمة العيب أو أخذ قيمتها.

قُلتُ: تفصيله بين اليسير والكثير خلاف إطلاق ابن القاسم في تخييره مطلقًا، وليس كذلك إن اشتراها فزوجها، وفي الولد جبر العيب له ردها ولو كره البائع؛ لأنه زوجها بوجه جائز والمودع متعد، فلم يكن له ردها معيبة إن كثر عيبها إلا برضى ربها، وإن أتى المودع وهي حامل والعيب يسير أخذها وقيمة العيب، وإن كثر خير في قيمتها وأخذها مع ما نقصها العيب، وإن ماتت من الولادة، فقال مالك: لا يضمنها، وضمنه ابن القاسم وهو أصوب؛ لأن التسليط على الوطء تسليطٌ على الولادة.

ويلزم على قول مالك إن لم تمت ووجدها حاملًا أن يجبره على قبولها حاملًا ولا شيء له سواها، وإن كانت وضعت وما قيل فيمن غر من أمته فزوجها وهو عالم ثم استحقت بعد ما ولدت أن الزوج يرجع بالمهر لا بما غرم في الولد؛ لأن الولد بقي له ولم يؤخذ منه.

قُلتُ: نحو قوله عن مالك قول البراذعي ولم أجدها في المدَوَّنة.

وروى عن مالك في مرتهن الأمة يزوجها بغير إذن ربها فحملت فماتت من

النفاس أن ضمانها من ربها.

الشَّيخ: قال ابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب والأخوين، من أودع وديعة ببينة ثم جحدها ثم أقام بردها بينة أنه ضامن؛ لأنه أكذب بينته بجحدها؛ يريد: إن قال: ما أودعني شيئًا، ولو قال: ما لك عندي من هذه الوديعة شيء نفعته بينته، وسمع عيسى: سئل ابن القاسم: عمن جحد قراضًا أدعى عليه به، ثم قال: تلف مني.

قال: قال مالك فيمن أنكر مالًا بعث به معه لرجل فقامت عليه به بينة، فقال: تلف يحلف لقد ضاع، ويبرأ فكذلك مسألتك.

وقال عيسى: إن جحدها فقامت عليه البينة لم يصدق في دعوى الضياع، وبلغني عن مالك.

وقال ابن القاسم في مسألة القراض: إن لم يأت بالبينة على القضاء غرمه، وليس دعوى القضاء كدعوى الضياع.

وفي سماع ابن القاسم في رسم حديث طلق قال مالك: إنما عليه اليمين.

ابن رُشْد: في تصديقه مع يمينه بعد الإنكار في دعواه الرد أو الضياع وعدم تصديقه، ثالثها: في دعواه الضياع لا في الرد، ومن هذا الأصل أن ينكر دعوى فلما قامت عليه البينة جاء بالمخرج منها ببينته على البراءة، أو الدعوى لو جاء بها قبل إنكاره قبلت وشبه ذلك، فقيل: لا يقبل منه؛ لأنه كذبه بجحوده، وقيل: يقبل منه، وقيل: لا يقبل منه إلا في اللعان إذا ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن، وشبه اللعان من الحدود هو قول محمد، وقيل: لا يقبل إلا في الحدود والأصول لا في الحقوق، قاله ابن كنانة وابن القاسم في المدنيَّة، فيتحصل في ذلك أربعة أقوال: التفرقة بين الحدود وما سواها، وبين الحدود والأصول وما سواهما.

قُلتُ: تحقيقها أن من أنكر ما قامت عليه بينة بعد إنكاره في قبول ما يدفع عنه ما ادعى عليه به لو أتى به قبل إنكاره بعده مطلقًا مع يمينه ولغوه ولو كان ببينة، ثالثها: تقبل ببينته لا قوله: مع يمينه في تلفٍ ولا قضاء، ورابعها: تقبل في التلف لا القضاء لسماع عيسى رواية ابن القاسم ومتقدم نقل ابن حبيب، وقول عيسى مع روايته ونقله

عن ابن القاسم، وخامسها وسادسها: نقل ابن رُشْد تفريقتي محمد وابن كنانة مع ابن القاسم.

اللخمي: قبول بينته منه بعد الجحد أحسن؛ لأنه يقول: أردت أن أحلف ولا أتكلف بينة.

وإن قال: أودعتني مائة درهم، ثم قال: لم أقبضها لم يصدق، ولو قال: اشتريت منك ثوبًا، ثم قال: لم أقبضه، قبل قوله مع يمينه؛ لأن أودعتني يدل على القبض والشراء يقع على العقد، وسماع أَصْبَغ ابن القاسم: من اعتذر عن دفعه وديعةً عنده لربها حصله ابن رُشْد بقوله: من سئل إعطاء وديعة أودعها فأبى لعذر ذكره، ثم طلب بها، فقال: تلفت قبل طلبها أولا ضمنها؛ لأن اعتذراه أولا إقرار ببقائها، فقال لم أعلم بتلفها حين اعتذرت أو ما أدري متى تلفت حلف على ما قاله وبرئ، وإن قال: تلفت بعد ذلك ومنعه إعطاءها عذر لم يضمنها وإلا ضمنها، وفي حمله على العذر حتى يثبت عداؤه، وعكسه قولا أَصْبَغ وغيره: لا خلاف في المسألة إلا في هذا الوجه.

وفي النوادر لابن عبد الحَكم: لا ضمان عليه تلفت قبل أو بعد وليس بخلاف لما تقدم؛ لأن معنى قوله: قبل إذا لم يعلم بذلك إلا بعد، ومعنى قوله: أو بعد إذا كان له في منعه عذر ولم يكن فيه متعديًا.

ابن عبد الحَكم: ولو أبى من دفعها إلا بالسلطان فتلفت في خلال الدفع لم يضمنها لعذره بقوله خفت مشعبه وأذاه، وله في آخر سماع أبي زيد: ولو أبى من دفعها إلا بالسلطان فهلكت في تراضيهما، ففي ضمانه فيها، وفي الرهن: وإن كان قبضها ببينةٍ ونفيه وإن كان بغيرها، ثالثها: إن كان بغير بينةٍ لابن دحونٍ وابن عبد الحَكم وهذا السماع.

ابن حارث: اتفقوا إذا طلب وديعةً عنده وهو بحيث يمد يده إليها بلا مؤنةٍ فامتنع من دفعها أنه يضمنها إن هلكت، واختلف إن كان الأمر فوق ذلك فقال ابن القاسم في العتبيَّة: إن كان له عذرٌ وعليه ضررٌ في رجوعه معه فلا ضمان، وإن لم يكن له عذرٌ ضمنها.

وقال أَصْبَغ: قد يعوق الرجل العائق الذي لا يظهر وللناس أعذارٌ باطنةٌ، فلا ضمان عليه، ويحلف ويبرأ.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من طلب بوديعة فقال ضاعت منذ سنين وكنت أرجوها وأطلبها وشبهه، ولم يسمع ذلك منه وربها حاضرٌ لم يذكر له ذلك لم يضمنها، إلا أن يكون طلبه بها فأقر بها، ثم قال: ضاعت منذ سنين فيضمنها والقراض مثله.

أَصْبَغ: إن لم يعرف منه طلبٌ ولا ذكر لربها ولا لغيره ولا وجه مصيبة تطرق، ولا سماع سرق ولا غرق ولا غير ذلك، وحضور ربها أشد بإمساكه عنه وكل سواء فهو ضامنٌ إذا طال جدًّا وادعى أمرًا قريبًا لا ذكر له.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم أصوب؛ لأن الأصل براءة الذمة، وهو قول محمد بن عبد الحكم، وقال أصحابنا: يقولون إن سمع ذلك منه قبل ذلك الوقت الذي طلبت فيه قبل منه، وإن لم يسمع منه إلا بذلك الوقت لم يقبل منه.

ودعوى المودع بغير بينة رد الوديعة لربها مقبول، وبها المعروف عدم قبوله ونقل ابن شاس، وقيل عن ابن القاسم: يقبل قوله في الرد، ولو قبضها ببينة لا أعرفه لابن القاسم نصًّا؛ بل حكاه عنه ابن رُشْد تخريجًا.

قال: إن قبض الوديعة بإشهاد لم تقبل دعواه ردها، هذا قول مالك وجميع أصحابه.

ابن القاسم وغيره: حاشا رواية أَصْبَغ عنه في دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض أنه يصدق ولو قبضه ببينة، ولا فرق بينه وبين الوديعة، وتأول أَصْبَغ عنه أنه فرق بينهما.

وفي النوادر: لابن القاسم ما ظاهره مثل تأويل أَصْبَغ، والصحيح أن لا فرق بينهما بل هو في الوديعة؛ لأنه قبضها لمنفعة ربها خالصة والمستأجر قبضه لمنفعتهما، ثم قال: وقد كان يشبه أن يفرق بأن المستأجر يحتمل أن يكون القصد من الإشهاد التوثق من الإجارة لا من عين الشيء.

قُلتُ: وهذا معنى مناسب يمنع من تمام التخريج، فعزو ابن شاس هذا القول لابن القاسم متعقب بهذا، والتعقب على ابن الحاجب أشد حيث جعل هذا القول هو الأصل في المذهب، أو مشهوره حيث عبر عن المذهب بلفظه القائل، وإذا ادعى الرد قبل مطلقًا، وقيل: ما لم تكن بينة مقصودة للتوثق.

وفيها قلت: لم قال مالك: إذا قبض وديعة أو قراضًا ببينة لا يبرأ بقوله: رددت ويصدق إذا قال: ضاع مني.

قال: لأنه حين دفع المال إليه استوثق منه الدافع فلا يبرأ حتى يستوثق هو أيضًا.

قُلتُ: فلهذا قيد اللخمي وعبد الحق والصقلي البينة بأنها قصد بها التوثق.

قال عبد الحق: من أخذ وديعةً بحضرة قومٍ لم يقصد إشهادهم عليه فهو مصدقٌ في الرد، وليس كمن أخذها ببينةٍ، وكذا إن أقر المودع عند بينةٍ أنه قبض من فلانٍ وديعةً، وإنما يكلف البينة من أخذ الوديعة ببينة؛ لأنه قصد بالبينة الإشهاد عليه ونحوه للخمي.

وفي طرر ابن عاتٍ ما نصه: ظاهره يعني لفظ ابن فتوح أن الإشهاد الذي يسقط دعوى المودع أنه رد الوديعة هو الذي يقصده رب الوديعة لا ما ينفرد به المودع؛ لأن مفهوم قصد رب الوديعة بالإشهاد على المودع أنه لم يأتمنه إلا على حفظ الوديعة وهو خلاف ما عند ابن زَرْب.

قُلتُ: فقوله خلاف ما عند ابن زَرْب يقتضي أنه يقول مطلق البينة كيف ما كانت بمنع قبول دعوى المودع الرد، ولا أعرفه لغيره.

وفيها مع غيرها: دعوى قابضها بغير بينة ردها مقبولة مع يمينه.

اللخمي: يحلف ولو كان مأمونًا لدعوى ربها عليه، التحقيق أنه لم يردها إلا أن تطول المدة مما يعلم أن مثل المودع لا يستغني عنها فيه لما يعلم من قلة ذات يده، أو تمر عليه عسرة فتضعف اليمين إن كان المودع عدلًا.

ونقل ابن الحاجب عدم حلفه مطلقًا لا أعرفه، ولو صح كانت الأقوال ثلاثةً: هو،

واختيار اللخمي، ومنصوص المذهب.

ودعواه ضياعه فيها مع غيرها مقبولةٌ ولو قبضها ببينةٍ، وفي لزوم حلفه، ثالثها: إن كان متهمًا.

الشَّيخ عن رواية ابن نافعٍ، ونقل اللخمي والشَّيخ عن أصحاب مالك، وبه فسرها الصقلي ولفظها: صدق فقط.

وقول ابن الحاجب: المتهم يحلف باتفاقٍ، خلاف نقل اللخمي: عدم حلفه مطلقًا.

قال: لأنها تهمة وهو أشبه، ولما حكى الأول قال: إلا أن يبين رجلٌ بالصلاح والخير، وعبر عن الثالث بقوله: وقيل: يحلف إلا أن يكون عدلًا.

الشَّيخ عن ابن عبد الحكم: إن نكل صدق ولا ترد اليمين هنا على ربها، ولابن زرقونٍ في ترجمة ما جاء في اليمين على المنبر: اختلف في تعلق اليمين بمجرد التهمة، ففي تضمين الصناع والشركة تعلقها، وهو قول ابن القاسم في غيرها.

أشهب: لا تتعلق.

قُلتُ: في آخر كلام ابن رُشْد في أجوبته: الأظهر أن تلحق إن قويت التهمة، وتسقط إذا ضعفت، وأن لا ترجع إذا لحقت.

وله في آخر رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من جامع البيوع: مثل هذا في سماع عيسى من كتاب الشركة: أن اليمين ترد في التهمة، والخلاف في: وجوب ردها، وفي لحوقها ابتداءً مشهور.

قال ابن الحاجب: وفي يمينه ثالثها: المشهور يحلف في الرد، فإن نكل فثالثها: المشهور: يحلف المودع.

قُلتُ: قرره ابن عبد السلام وغيره، بأن الأول: أنه لا يحلف ولا يغرم، والثاني: أنه يغرم بنكوله دون حلف رب الوديعة، والثالث: أنه لا يغرم حتى يحلف رب الوديعة.

قُلتُ: وجود الأقوال الثلاثة في دعوى التلف واضحةٌ، الأول: بناء على توجيه يمين التهمة، والثاني: على توجهها وعدم انقلابها، والثالث: على انقلابها.

وأما في دعوى الرد فقد تقدم تحقيق المذهب في ذلك، وحيث يقبل قوله: إنه لا خلاف أنه بيمينٍ، ولا في انقلابها إن نكل، وظاهر كلام ابن الحاجب أن في حلفه في دعوى الرد قولين مشهورهما حلفه، وأنه إن نكل ففي غرمه دون حلف رب الوديعة قولان: المشهور حلفه، ومن تأمل روايات المذهب علم بطلان ذلك كله، وقول ابن عبد السلام إثر تقرير الأقوال التي ذكرها ابن الحاجب، وهذا الخلاف موجودٌ في يمين التهمة، ظاهره قبولها، وقول ابن هارون في نقل ابن الحاجب هذا الخلاف في دعوى الرد مما انفرد به أصوب، ولاشتمال كتابه على مثل هذا كان محققوا شُيُوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي، والله أعلم.

وفي نوازل أَصْبَغ: لو قال لمودعها: ما أدري رددتها إليك أو تلفت لم يضمنها، إلا أن يكون إنما أودعه إياها ببينةٍ فلا يبرأ إلا بها.

ابن رُشْد: ويحلف ما هي عنده ولقد ردها إليه أو تلفت، ولو دفعها إليه ببينة فقال المودع: إن كنت دفعت إلي شيئًا فقد ضاع لبرئ بيمينه، قاله عبد الله بن عبد الحَكم وهو على قياس قول أَصْبَغ هذا.

الشَّيخ عن الموازيَّة: إن قال المودع أو العامل: رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدقا إلا ببينةٍ أو إقرار الوصي، ولو كان قبضهما بغير بينةٍ؛ لأنهما لغير من قبضاها منه.

وفي كتاب الدعوى سمع عيسى ابن القاسم: من بيده مائة دينارٍ وادعاها رجلان كل منهما لنفسه، وقال: ما أدري من أودعنيها منكما قسمت بينهما بعد حلفها، ومن نكل عنها اختص بها الحالف، ولو قال ذلك، وهي دينٌ عليه لأحدهما، وجهل عينه حلفا، وغرم لكل منهما مائة.

ابن رُشْد: في كون الدين كالوديعة وعكسه، ثالثها: الفرق التفرقة المذكورة للآتي على أحد التأويلين في مسألة رسم البيوع من سماع عيسى من كتاب المديان، والآتي على سماع عيسى ابن القاسم في رسم القطعان من كتاب القراض من هذا السماع.

قُلتُ: وللشيخ إثرها في النوادر، وقال محمدٌ: لو قال: دفعتها إلى أحدكما وجهلته، وأنكرا قبضها حلفا وأخذا منه مائةً مائةً، ومن نكل لا شيء له، فإن نكلا معًا لم يكن على المقر إلا مائةٌ يقسمانها دون يمينٍ عليه؛ لأنه هو أبى اليمين، وردها بعد أن ردت عليه.

محمد: فإن رجع المودع وقال: أحلف لهذا فله ذلك، فإن رجع وقال: أحلف أنها ليست لواحدٍ منهما فلا بد من غرمه مائةً يقسمانها، وكذا لو كانت المائة عليه دينًا فيما ذكرنا.

ولسَحنون: من مات عن وديعة بيده فادعاها رجلان كل واحد لنفسه ولا بينة لهما، وقال ابن الميت: لا أدري إلا أني أذكر أنها وديعة فإنها توقف أبدًا حتى تستحق بالبينة.

وله أيضًا من أودعه رجل مائةً وآخر خمسين فنسي رب المائة منهما، وادعاها كل منهما تحالفا على المائة وقسماها مع الخمسين.

وقال بعض أصحابنا: يغرم لكل منهما مائة بعد حلفهما.

محمد: من قال: دفع إلي فلان مائة لأتصدق بها وفعلت، ثم قال: بل دفعها إلي لذلك فلان وفعلت، وادعى كل منهما أنه الآمر، فقال أشهب: لا شيء لواحد منهما، وقال محمد: يغرم لكل منهما مائةٌ.

وفي الزاهي: من قبل الوديعة ثم طلب الأجر عليها فلا عوض له، وإن كان لها موضع تشغله من دار القابل، وطلب مثل أجر الموضع المشغول وجب له ذلك.

وأجر الحمل في الإيداع والإقلاع على ربها، وإن احتاجت إلى غلقٍ أو قفلٍ فعلى ربها، وقيد ابن عبد السلام وجوب أجرة الحمل بكون طالبها ممن تقتضي حاله ذلك، وعدم أجرة حفظها بقبضه.

واحتج بقولها: من ركب دابة رجلٍ إلى بلدٍ، وقال: إنه أعاره إياها، وقال ربها: بل بكراءٍ قبل قوله: إلا أن يكون ليس مثله يكري الدواب لشرفه وقدره.

قُلتُ: الأظهر نفي الأجر بينهما لاقتضاء لفظ الإيداع نفيه عرفًا، ودفعها دون لفظ

الإيداع، الأظهر فيه ما ذكره ابن شعبان.

وقول ابن عبد السلام: بإثبات أجر الحفظ، يرد بأن أجر موضعها مع كونها بدار المودع أو منزله يستلزم أجر حفظها أو يغني عنه، ومن ظفر بمال لمن جحده مثله فيه اضطرابٌ.

ابن رُشْد في سماع ابن القاسم من المديان: قوله: في هذا السماع لا يجوز له اقتطاعه كقولها في كتاب الوديعة، وقال أشهب وابن وَهْب: يجوز له، وقيل: يكره، وقيل: يستحب، وقيل: جائزٌ إن لم يكن عليه دينٌ، فإن كان له جاز ما يجب له في الحصاص، وقيل: يجوز فيما دفع دفع بغير أمانة لا فيما دفع له بغير بينة لا فيما دفع له بها.

قلت في النوادر: روى ابن وَهْب إن كان عليه دين اقتطع قدر منابه في المحاصة، ورواه ابن وَهْب وزاد: وأمن أن يحلف كاذبًا.

وقال محمد بن عبد الحَكم: يقتطعه ولو كان عليه دينٌ ما لم يفلس.

ابن المواز: لمن غصب شيئًا خفي له أخذه بعينه أخذه، وإن لم يظفر إلا بغيره، فكذلك إن لم يكن عليه دين.

وقال مالك: من أوصى لصغير بدنانير لم يشهد عليها إلا الوصي إن خفي له دفعها له حتى لا يتبع بها فله دفعها دون السلطان، وكذا الوديعة فلم يقبل شهادة.

مالك: من غصب شيئًا وخفي له أخذه أخذه بخلاف من جحدك لما جاء فيه.

اللخمي: إن كانت الوديعة عرضًا جاز بيعها وأخذ الثمن مما له، واختلف هل يجحدها إن كان يخدمه وفي صفة بيمينه، فقال مالك: إنما يجوز جحده إن أمن أن يحلفه كاذبًا،؛ يريد: أن المودع يقول: احلف أني ما أودعتك، وقيل: يحلف ما أودعتني شيئًا ناويًا يلزمني رده، وقيل: ينوي الأولى مثله، والصواب أن له جحد ما أودعه مكان حقه لقوله تعالى: ﴿فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: 126]، ولقوله ﷺ: **«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**، ونحوه قول الباجي: الأظهر الإباحة لحديث هند، وتعقبه ابن عبد السلام بأن النفقة التي تأخذها هند من مال أبي سفيان هي عين ما وجب لها ولولدها لا مثل ما وجب لها ولهم، والنزاع إنما وقع في أخذ المثل لا في أخذ العين، إذ لا

خلاف في جواز أخذ العين.

يرد بأنه إن أراد بقوله أن ما تأخذ هندٌ من مال أبي سفيان هو عين ما وجب لها باعتبار شخصه كمن غصب ثوبًا يقدر على أخذه فليس كذلك ضرورة أن حقها في ماله إنما هو باعتبار صفةٍ لا تخص جزئيا من ماله بل هي عامة في كل ماله كتعلق دين بذمته، وإن أراد به أنه عينه باعتبار نوعه فهو نفس محل النزاع حسبما اعترف به.

[كتاب العارية]

العارية: الجوهري: بالتشديد؛ لأنه منسوب إلى العار؛ لأن طلبها عارٌ، والعارة مثل العارية يقال: هم يتعورون العواري بينهم، وقيل: مستعارٌ بمعنى متعاورٌ أي متداولٌ، وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار، وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنه من التعاور الذي هو التداول، وزنها فعيلةٌ، ويحتمل أن تكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها (فاعولةٌ) أو (فعيلةٌ) على القلب، ولما ذكر ابن عبد السلام بعض كلام الجوهري قال: أنكر عليه كونها منسوبةً إلى العار؛ لأنه لو كان كذلك لقالوا يتعيرون؛ لأن العار عينه ياءٌ[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال: ذكر الجوهري أن العارية بالتشديد منسوبة إلى العار.

قال: لأن طلبها عار، قال: يقال: هم يتعورون العواري بينهم، وقيل: مستعارًا بمعنى متعاور؛ أي: متداول، وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار، وإن كان قد قيل: فليس هو الوجه والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول، وذكر ابن عبد السلام إنكار كلام الجوهري بأنها منسوبة إلى العار قال: لأنه لو كان كذلك لقيل يتعيرون؛ لأن عينه ياء.

قال الشَّيخ ﷺ: وقد نقل عن ابن سيده أنه قال: إنها من العار من ذوات الياء، ورد به على ابن السيد، ثم نقل ما يشهد لابن عبد السلام من كلام المحكم، وأنه لا يصح يتعورون العواري وحيث نقل إنما هو من تعاقب الواو إلى الياء.

قال الشَّيخ: والأصل عدم المعاقبة.

(قُلتُ): يظهر أن ابن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ إنما رد على الجوهري حيث قال: إنها مشتقة من العار، ثم قال: يتعورون فذكر ما يشهد للواو لا للياء، وهذا كاف في الاعتراض على الجوهري فكأنه قال: لو صح أنها من العار لقلت يتعيرون ونقلت ذلك لغة والتالي باطل لقصر نقلك على ما ذكرت لكن تأملت لفظ الشَّيخ ابن عبد السلام فوجدته ليس معناه ذلك؛ بل معناه ما فهم الشَّيخ عنه من إنكار مادة الياء فصح اعتراضه عليه.

(فإن قلت): العارية ما وزنها والياء المشددة فيها ما أصلها، والياء المذكورة ما هي وما الفرق بينها وبين العرية؟

(قُلتُ): أما وزنها فذكر الشَّيخ عن الجوهري: فعلية، وإنها من التعوار فأصلها عورية تحرك حرف العلة، وانفتح ما قبله فقلبت الفاء والياء على هذا للنسب، والتاء للتأنيث كما يقال هاشمية وياء

النسب إنما تنافي تاء التأنيث قبل دخول ياء النسب فتحذف التاء لأجلها، ويصح إدخال التاء بعد الياء؛ لأن المنسوب يجري مجرى الصفة، وأما العرية فهي فعيلة كنطيحة واختلف في اشتقاقها على عشرة أقوال فقيل: يقال: عروته إذا طلبته والله أعلم، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ لما ذكر المعنى اللغوي أتى بالعرفي، ثم حدها مصدرًا واسمًا كما جرت عادته إذا كان للحقيقة العرفية معنيان فالمعنى المصدري (تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض)، فقوله: (تمليك) مناسب لمقولة المحدود وهو جنس، ومناسب لما وقع له في حد العطية في باب الهبة، وأدخل فيه العارية والحبس؛ لكنه قال: في الحبس إعطاء.

(فإن قلت): التمليك مشتق من الملك، والملك الشرعي قد حده الشَّيخ بعد في الدعوى، وهو إحالة على التعريف بمجهول.

(قُلتُ): لعله رآه ظاهرًا وفيه نظر.

قوله: (منفعة) أخرج به تمليك الذوات مع أن الملك الحقيقي في الذوات ليس إلا لخالقها، ولكن القصد كمال التصرف المطلق، وقوله: المنفعة يخرج به تمليك الانتفاع؛ لأن العارية فيها ملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع؛ لأن له أن يعير لمثله بخلاف الانتفاع.

قوله: (موقتة) أخرج به تمليك المنفعة المطلقة كما إذا ملك العبد منفعة نفسه ووهبها إياه فإنه يصدق عليه ذلك، وليس بعارية ولا يدخل الحبس فيخرج بذلك لما قلناه من أن الحبس فيه ملك الانتفاع لا المنفعة على أنه لا يقال ذلك فيه بالإطلاق.

قوله: (لا بعوض) يخرج به الإجارة؛ لأنها بعوض والعارية بغير عوض.

(فإن قلت): قوله: موقتة ظاهره أن العارية الشرعية لا بد فيها من التوقيت، فإذا قال: أعرتك هذا الثوب أو الدار ولم يوقت أجلًا فليس بعارية، مع أنه أطلق عليها في المدَوَّنة عارية نعم اختلفوا إذا قام المعير وأراد أخذها على أقوال.

(قُلتُ): يعني بالتوقيت، أما لفظًا أو عادة.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: فتدخل العمرى والإخدام، وهكذا وقع لغيره ويظهر لي خلافه؛ لأن العارية لقب على ما بوبوا له في مسائل كتاب العارية ولم يطلقوا على العمرى لفظ العارية عرفًا، وإنما أطلقوا عليها عمرة فدل عرفًا على أنها لا يطلق عليها عارية مطلقة في عرفهم، وإنما ذلك بمعنى أعم مما وقع لهم، ووقفت على قريب من هذا للشيخ خليل رَحِمَهُ اللهُ فعلى هذا حقه رَحِمَهُ اللهُ أن يقول لها معنى أعم ومعنى أخص فتأمله.

وأما قوله: (لا الحبس) فيعني: أن الحبس لا يدخل لأجل.

قوله: مؤقتة والحبس غير مؤقت، ويعينه رده على ابن الحاجب في عكس الحد، وأما حده اسمًا فقال فيه: (مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض).

قوله: (مال) مناسب لمقولة المحدود، وبيان القيود ظاهر مما قدمنا في الحد المصدري.

(فإن قلت): لأي شيء قال: بغير عوض في الثاني، وفي الأول لا بعوض، وهلا قال: بغير عوض في الحدين، وذلك أخصر في الثاني من الأول؛ لأن في الأول تكون لا عاطفة فيحتاج إلى تقدير.
(قُلتُ): يحتمل، والله أعلم أن يقال الثاني أخصر في اللفظ لا في التقدير؛ لأن التقدير غير مراعى في عد حروف الاختصار، وفيه نظر جرى في الإعراب أن لا عاطفة وهل توفرت شروطها.
(قُلتُ): يصح العطف بها بعد الإثبات كقولنا: قام زيد لا عمرو، قالوا: ويصح في المعطوف عليه أن يكون مذكورًا أو مقدرًا كقولهم أعطيتك لا لتظلم؛ أي: لتعدل لا لتظلم، وهنا يقال: تمليك منفعة بترك عوض لا بعوض، ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه نقض طرد الحد الأول، والحد الثاني وبيان ما ذكره لو فرض رجل اكترى دارًا سنة، ثم توفى وترك وارثًا، فإنه حصل له تمليك منفعة بغير عوض للوارث في طرف المصدر، وفي طرف الاسم يصدق مال إلخ، وذلك كله ليس من العارية فيكون الحد غير مانع هذا معنى ما ذكر من قوله: ونقض طردهما بإرث ملك منفعة وارثهما ممن حصلا له بعوض لحصولها للوارث بغير عوض منه وبسطها ما ذكرناه.
قال الشَّيخ: والجواب بأن عموم نفي العوض يخرج ذلك من الحدين؛ لأن ذلك نكرة في سياق النفي فتدل على أنه لا عوض في تمليك المنفعة رأسًا من أصلها؛ لأن هذه المنفعة فيها عوض من المالك الموروث فلا يصدق فيها النفي المطلق، وتقدم لنا فيه بحث، وهو أن يقال يلزم على هذا الفهم أن يقال حافظ على طرده فأخل بعكسه، فإن المستأجر إذا أعار لا يصدق الحد عليه مع أنه معير بنصوص الفقهاء فيها وفي غيرها.
وإذا صح ذلك فيلزم خروج هذه الصورة من العارية لما حوفظ فيه على الطرد، ويمكن الجواب عن الذي وقع النقض به إن الوارث الذي ورث الحق الذي كان لموروثه، وهي منفعة بعوض فلا يصح أن يقال: إنه ملك المنفعة بلا عوض، وهذا لا يرد عليه ما ذكرناه في جواب الشَّيخ، وتأمل جواب ابن رُشْد في أسئلته: إذا مات المكري وفيه ما ينظر مع هذا، وتأمل من يصح له أن يعير وما فيه من البحث فليتأمل معه والله سبحانه الموفق للفهم عنه، وتقدم لنا سؤال عليه رَحِمَهُ اللَّهُ في كونه ذكر الإنشاء في حد العمرى، فقال: تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء، ولم يزد هذا القيد هنا، وقيد الإنشاء أخرج به الحكم باستحقاق العمرى فتأمله، فإنه يرد عليه هنا إن صح أنه لا بد منه هناك، ولم يظهر فرق قوي والله الموفق، ثم أشار رَحِمَهُ اللَّهُ إلى كلام ابن الحاجب في قوله تمليك منافع العين بغير عوض قال: يبطل طرده بالحبس وتقدم ما فيه، وهذا يعين أنه أخرج الحبس من حديه بقوله: مؤقتة، ويأتي له بعد رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: الحبس في سكنى المدارس وشبهه ليس فيه ملك المنفعة، وإنما فيه الانتفاع، وهو قريب من كلام القرافي فالحبس على هذا ينقسم إلى قسمين، وبأحد قسميه يرد الاعتراض.
قال: ويبطل عكسه بأنه لا يتناول إلا المصدر، والعرف إنما هو استعماله اسمًا وهو الشيء المعار،

قُلتُ: في المخصص لابن سيده ما نصه: وتعاورنا العواري، وتعاورنا الشيء تداولناه، وقيل: العارية من الياء؛ لأنها عارٌ على صاحبها، وقد تعيروها بينهم.

قُلتُ: وهذا نص بأنها من ذوات الياء يرد إنكار ابن عبد السلام، ولكن قال ابن سيدة في المحكم: والعارية: المنيحة.

قال بعضهم: أنها من العار، وهو قول ضعيف، غره قولهم: يتعيرون العواري، وليس على وضعه إنما هي معاقبةٌ من الواو إلى الياء.

قُلتُ: وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة، وهي مصدرًا: تمليك منفعةٍ مؤقتة لا بعوضٍ فتدخل العمرى والإخدام لا الحبس، واسمًا: مالٌ ذو منفعةٍ مؤقتةٍ ملكت بغير عوضٍ، ونقض طرداهما بإرث ملك منفعة وارثها ممن حصلا له بعوضٍ لحصولها للوارث بغير عوضٍ منه، ويجاب بأن عموم نفي العوض؛ لأنه نكرةٌ في سياق النفي يخرجها؛ لأنها بعوضٍ للمالك العين من الميت.

وقول ابن الحاجب وابن شاسٍ: تمليك منافع العين بغير عوضٍ يبطل طرده بالحبس، وعكسه لأنه لا يتناولها إلا مصدرًا والعرف إنما هو استعمالها اسمًا، وهو الشيء المعار.

وفيها: قال مالكٌ: ما تلف من عارية الحيوان عند من استعارها لا ضمان عليه إلا أن يتعدى.

وهي من حيث ذاتها مندوبٌ إليها؛ لأنها إحسانٌ والله يحب المحسنين، ويعرض

هذا كلامه -رضي الله عنه ونفع به-.

وظاهره أن العرف في إطلاق العارية إنما هو الاسم وتقدم لنا أنه يحد المصدر والاسم إذا كان الاستعمال فيهما وهو الصواب، وإن صح العرف عنده رحمه الله فلا يحد إلا الاسمي فتأمله، ثم يقال: إذا سلم ما ذكر رحمه الله، وأنه إنما يصدق عرفًا على الاسمي فيقال في حد ابن الحاجب: أنه لا يتناول شيئًا من صور المحدود؛ بل حد حقيقة بغير معناها فقوله: لا يصدق إلا على المعنى المصدري فيكون غير منعكس فيه مناقشة فتأمله، ولعل الجواب عن ذلك أن الاستعمالين موجودان عرفًا؛ لكن الغالب الاسمية فتأمله، وقد وقع له ذلك في غير هذا، وفيه ما لا يخفى من التكلف في الجواب، والله أعلم.

وجوبها له كغنيٍّ عنها لمن يخشى بعدمها هلاكه، وحرمتها ككونها معينةً على معصيةٍ محرمةٍ، وكراهتها ككونها معينةً على مكروهٍ، وتباح لغنيٍّ عنها، وفيه نظرٌ لاحتمال كراهتها في حقه.

وفي كون النهي عن منع الجار من غرزه خشبةً بجدار جاره على الندب لإجابته لذلك، ووجوبه معروف المذهب، ونقل ابن رُشْد عن ابن كنانة.

ابن سهلٍ: أفتى ابن عتابٍ بجواز التعليق من المساجد إن اتصلت بالدور، ولم يضرها، وجواز غرز جارها خشبةً بحائطها، ونقله عن الشُيُوخ قال: ولم يتكلموا في المسجد الجامع، ولا يجوز ذلك فيه لعدم اتصال الدور به، ولو اتصلت به جاز عندي، وأفتى ابن القطان بمنع الغرز وابن مالكٍ بمنعه ومنع التعليق.

قُلتُ: وهو الصواب الجاري على حمله على الندب.

[باب المعير]

المعير: من ملك المنفعة لا لعينه، وبعضهم يجعل مملوكٌ من ملكها لعينه، إنما هو الانتفاع لا المنفعة[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من ملك المنفعة) هو أعم من مالك الذات مع منفعتها أو مالك للمنفعة وحدها.

قوله: (لا لعينه استثناء من ملك المنفعة) بمعنى: أنه إذا كان من ملك المنفعة لأجل عين المالك فليس محلًا للعارية واستدل على ذلك بمسألة المدَوَّنة المذكورة.

قوله: (وبعضهم... إلخ) أشار إلى أن التقيد المذكور إنما يصح على غير قول البعض وبنى الشَّيخ على هذا هل يجوز أن يعير المستعير أم لا وأخذ من المدَوَّنة أنه لا يعير وأنه أحروي من الإجارة، وأنكر كلام ابن الحاجب وما أيده به من الوصايا من كتاب الوصايا، والله سبحانه الموفق. وكلام ابن الحاجب مخالف لما ذكر أولا.

(فإن قلت): كيف صح للشيخ الاستدلال على منع أن للمستعير أن يعير من المدَوَّنة في الجعل والإجارة.

(قُلتُ): قد بين ذلك رَحِمَهُ اللَّهُ بأنه إذا كره في المستأجر أن يعير، فكيف لا يكره ذلك في المستعير؛ لأن المستعير في تسلطه في المنفعة أضعف.

=

وفي الجعل والإجارة منها: إن استأجرت ثوبًا تلبسه يومًا إلى الليل فلا تعطه غيرك ليلبسه لاختلاف اللبس والأمانة، وكره مالكٌ لمكتري الدابة لركوبه كراءها من غيره ولو كان أخف منه، وتمام هذا في الإجارة وما منع فيها فأحرى في العارية.

وفي الزاهي لابن شعبان: من استعار دابةً فلا يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة والحال.

وقول ابن الحاجب وابن شاسٍ: المعير مالك المنفعة غير محجورٍ عليه، فتصح من المستعير والمستأجر، قبله ابن هارون وابن عبد السلام، وخرج من قولها في الإجارة مثله في العارية، ويؤيد نقل ابن شاس وابن الحاجب قولها في الوصايا الثاني، وللرجل أن يؤاجر ما أوصي له به من سكنى دارٍ أو خدمة عبدٍ.

قال في الوصايا الأول: إلا أن يريد بالعبد: ناحية الكفالة والحضانة.

[باب المستعير]

المستعير قابل ملك المنفعة فلا يعار كافرٌ عبدًا مسلمًا ولا ولدٌ والده.

وقول ابن الحاجب المستعير أهلٌ للتبرع عليه قاصرٌ؛ لأن الكافر والولد أهلٌ للتبرع عليه.

وجواب ابن عبد السلام بأن مراده بالزيادة بالمستعار بخصوصيته يرد بأن كل كلامٍ لا يصح، كذلك لصحة تقييده بما صح[1] .

(فإن قلت): ما يعني بأنه ملك المنفعة للعين.

(قُلتُ): يعني لعين المالك؛ أي: ملكه لذات عينه رفقًا به، ومسألة الوصايا المذكورة تدل على الجواز في حق المستعير أن يعير فتلخص القولان من المدَوَّنة والله سبحانه أعلم، وتأمل ما ذكر هنا عن بعضهم مع ما ذكره في تعريف المستحق لمن عليه حبس وتأمله، والله سبحانه الموفق.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قابل ملك المنفعة وبنى على ذلك أنه لا يعير كافر عبدًا مسلمًا ولا ولد والده)، واعترض على ابن الحاجب رسمه حيث قال: المستعير أهل للتبرع عليه.

قال ﷺ: (رسمه قاصر)؛ لأن الكافر والوالد أهل للتبرع عليهما، ثم رد على شيخه الجواب عن ابن الحاجب انظره فإنه حسن والله سبحانه ينفعنا به ويرحمه بفضله.

[باب المستعار]

المستعار: ما يصح الانتفاع به باقية ذاته(1)، ونحوه قول ابن شاس: المستعار له شرطان أن يكون منتفعًا به مع بقائه، وأن يكون الانتفاع مباحًا.

وقول ابن الحاجب: المستعار منفعةٌ مع بقاء العين خلافه، والأول مقتضى عرف المتقدمين والمتأخرين لمن تأمل.

فيها: أرأيت إن استعرت ثوبًا، قال مالك: من استعار شيئًا من العروض ونحو ذلك كثير ما هو نص في أن المعار المنتفع به لا المنفعة.

وقول ابن عبد السلام: لا نسلم أن المستعار الذات بل المنفعة وهو ظاهر رسم المؤلف يرد بما تقدم من لفظ المدَوَّنة وغيرها لمن تأمله، واستدلاله بلفظ المؤلف ساقط إذ هو المتعقب عليه، ولأن كل عاريةٍ يمكن كونها مؤداةً ولا شيء من المنفعة يمكن

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (باقية ذاته) أخرج به القرض فلا يجوز في الطعام والذهب وللخمي اختيار حسن انظره فصح من حد الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن المستعار هو الذات لا المنفعة.

قال الشَّيخ: وهو مقتضى عرف المتقدمين والمتأخرين لمن تأمل، ولفظ المدَوَّنة رد به على قول شيخه ابن عبد السلام أن المستعار هو المنفعة.

قال الشَّيخ: ومما يدل على ما قلناه أن يقال: كل عارية ممكن كونه مؤداة ولا شيء من المنفعة ممكن كونه مؤداة فلا شيء من العارية بمنفعة الصغرى دل عليها الحديث في أبي داود فإنه قال في آخره: «أعارية مضمونة أو عارية مؤداة فقال: بل مؤداة» والكبرى واضحة؛ لأن عين المنفعة لا ترد ولا يمكن ردها عادة ولا عقلا فالنتيجة صادقة وتنعكس كنفسها فصح الرد على قول ابن عبد السلام بقياس من الشكل الثاني مقدمتاه صحيحتان الأولى سمعية والثانية عقلية.

(فإن قلت): كيف صح الاستدلال بالحديث مع أنه إنما يفهم منه أن العارية فيها ما هو مضمون وفيها ما هو مؤداة فإنما تصدق العارية مؤداة جزئية والصغرى كلية هنا.

(قُلتُ): الصغرى إنما هي كل عارية ممكن أن تكون مؤداة والحديث يستلزم ذلك إذا تأملته، ولا بد من فهمه على ذلك وما وقع في الحديث من تقسيم العارية المقسم فيه العارية اللغوية الجواب والله أعلم، أطلقها على ما يعم القرض والسياق يدل عليه فكأنه قال لعلي بن أمية حيث أمره النبي ﷺ: «إذا أتتك رسلي فادفع لهم ثلاثين درعًا، وثلاثين بعيرًا قال: فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة، فقال: عارية مؤداة» أي: ليس حكم ذلك حكم القرض يرد مثله برد عينه والله أعلم.

كونها مؤداة، فلا شيء من العارية بمنفعة فلا شيء من المنفعة بعارية عارية، أما الأولى فلحديث أبي داود عن يعلى بن أمية قال: قال لي رسول الله ﷺ: «**إذا أتاك رسولي فادفع إليهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا**، فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة، قال: **بل مؤداة**»[1].

ولما أنشده الجوهري:

إنما أنفسنا عارية والعواري قصارٌ أن ترد

والقصارى الغاية، وأما الثانية: فواضحةٌ؛ لأن عين المنفعة لا ترد ولا يمكن ردها عادةً أو عقلًا عند غيرنا، والثالثة: النتيجة، والرابعة: عكسها حسبما تقرر في الأصول.

وفيها: من استعار دنانير أو دراهم أو فلوسًا أو طعامًا فذلك سلفٌ مضمونٌ لا عارية.

هذه ترد نقل المازري في السلم الأول: صحة فرض العين بشرط عدم استهلاكها، إلا أن يريد: ما قاله اللخمي لجواز عارية العين على بقاء عينها لصيرفي ليظهرها؛ لأن يقصد بالشراء أو من قل ماله ليظن ملاؤه.

قُلتُ: هذا إن كان يتعامل بالنقد، وأما إلى أجل فغرور لا تجوز الإعانة عليه.

اللخمي: ولو قال: أتجر بها على أن الربح لك ولا خسارة عليك كانت كذلك وصدق فيما يشبه من الخسارة، وقاله ابن القاسم وأشهب وضمنه سَحنون الخسارة.

ولما أجمع جل العلماء على انحصار حل وطء المرأة في نكاحها أو ملكها لزم حرمة عارية الأمة للوطء، وإلا لما كان لها جماع الثابت ثابتًا.

اللخمي: شرط عارية خدمة الإماء كونه لمن لا يخشى متعته بهن فتجوز للنساء ولغير بالغٍ ولذي محرمٍ منهن، فذو المحرم الجائز له ملكهن جائزٌ له استخدامهن، ومن لم يجز له ملكهن لم يكن له استخدمهن تلك المدة، وتكون خدمة ذلك العبد والأمة في تلك المدة لهما دون من وهبت له.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3566) في البيوع، باب في تضمين العارية.

وقال مالك فيمن عجل عتق عبده على أن يخدمه شهرًا: أن الخدمة ساقطة؛ لأنها بقية رق بخلاف أن يجعل عليه دراهم.

قُلتُ: وفي استئجار الأمة للرضاع إيراد منافاته لهذا ويأتي فيه جوابه.

وتجوز هبة خدمتها لأجنبي منها مأمون له أهل وإلا لم تجز، فإن نزل ذلك بيعت له تلك الخدمة من امرأة أو مأمون إلا أن يكون قصد المعير نفس المعار له فترد الأمة له وتبطل العارية.

[باب في صيغة العارية]

الصيغة: ابن شاس: ما دل على معناها(1).

قُلتُ: بحسب اللفظ والقرينة فيها.

قلت لابن القاسم: من استعار دابةً ليركبها حيث شاء ويحمل عليها ما شاء وهو بالفسطاط أيركبها إلى الشام، قال: إن كان وجه عاريته إلى الموضع الذي ركب إليه وإلا ضمنها، كمن قال: أسرج لي دابتك لأركبها في حاجة، فيقول اركبها حيث أحببت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها إليه إلى الشام.

قُلتُ: أتحفظه عن مالك؟

قال: هو رأي اللخمي عن أشهب إن قال: اركبها حيث شئت فركبها إلى الشام، فإن كانت من أسفاره فلا شيء عليه، وإن كانت أسفاره معروفة بالقرب فإنما أعاره عليها، فحمل ابن حارث قوليها على الخلاف وسكت اللخمي.

الشَّيخ: سمع ابن القاسم من قال لرجل: أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يومًا أو يومين وأعينك بغلامي أو ثوري يومًا أو يومين، لا بأس بذلك من الرفق.

وسمع أشهب: لا بأس أن يقول عامل الآخر أعني خمسة أيام وأعينك خمسة أيام.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قال ابن شاس: ما دل على معناها) أي: ما دل على معنى العارية.

قال الشَّيخ: (قُلتُ): بحسب اللفظ أو القرينة، ثم استدل بمسألة المدَوَّنة على إعمال دلالة القرينة وارتضى الشَّيخ عبارة ابن شاس فتأمله مع ما قدم في صيغة غيرها، والله أعلم.

ابن رُشْد: إنما يجوز فيما قرب، وسمع أَصْبَغ إجازته.

أشهب: يجوز في عملي خياطٍ ونجارٍ، وكذا قول المرأة لأخرى انسجي لي اليوم وأغزل لك غدًا إذا وصفت الغزل، ولا خير في قوله احرث لي في المصيف وأحرث لك في الشتاء.

ابن حارث: اختلف فيمن استعار دواب رجلٍ لحرث على أن يعيره هو دوابه لمثل ذلك، فسمع ابن القاسم خفته؛ لأنه رفقٌ، وقال أَصْبَغ: لا يجوز ذلك وهي إجارةٌ مجهولةٌ.

قُلتُ: ويأتي ذكره في الإجارة.

وضمان ما لا يغاب عليه من ربه ما لم يظهر كذب مستعيره، وتقدم في المبيع على خيار.

اللخمي: مشهور قول مالك وأصحابه لا ضمان على مستعير الحيوان، وروى ابن شعبان لا يصدق في ذهابه حتى يعلم ذهابه بنفسه، وقاله ابن القاسم في كتاب الشركة، ولا حاجة لتأويله بعضهم إذا كان أحد قولي مالك، وقيل: لا يصدق فيهما فيما صغر فقط.

الصقلي عن أشهب: يضمن الحيوان ولو قامت بينة بهلاكه بغير شببه.

قُلتُ: ففي ضمانه مطلقًا، ثالثها: إن لم تقم بينةٌ بهلاكه، ورابعها: إن صغر للصقلي عن أشهب والمعروف ورواية ابن شعبان ونقل اللخمي، قال: فعلى الأول لا يضمن الدابة ويضمن سرجها ولجامها ولا العبد ولا كسوته؛ لأن العبد حائزٌ ما عليه.

قُلتُ: قوله في الدابة هو نقل الشَّيخ عن محمد.

اللخمي: ويصدق في موت العبد، وفي كفنه فيما عليه لا في زيادة عليه إن ادعاها.

وشرط ضمانه في رهونها ساقطٌ.

أشهب: تنقلب إجازة فيغرم أجر مثلها، فعليه يفسخ قبل استعمالها، وثالثها: يتخرج تخيير المعير إن أسقطه وإلا ردت، فإن فاتت لم يغرم شيئًا؛ لأنه دخل على عدمه، كقوله في فوت حبس دار على ربها المحبس عليه، ورابعها: لزوم الشرط للقول

بوجوبه، وعلى لغوه لو كان لخوفٍ نزل به ففي لزومه إن هلكت بها خيف قولا مُطَرِّف وأَصْبَغ، والأول أصوب.

قُلتُ: قال الشَّيخ: وبه أخذ ابن حبيب، وعزا ابن رُشْد الثاني لمالك وجميع أصحابه إلا مُطَرِّفا.

اللخمي عن ابن حبيب: من زعم في بازٍ استعاره للصيد أنه مات أو سرق أو طار فلم يرجع صدق مع يمينه.

وما يغاب عليه من مستعيره، ولو قامت بينة بتلفه ففي كونه من ربه أو كذلك، نقلا الصقلي قولي ابن القاسم وأشهب وحكاهما الجلاب روايتين، ولو شرط نفي ضمانه ففي لغوه وإعماله نقلا الجلاب عن المذهب مع سماعه أَصْبَغ من ابن القاسم وأشهب، وتخريج ابن رُشْد من نقل الشَّيخ عن أشهب إعماله في شرط الصانع نفيه قائلًا هو في الصانع أحرى، وأخذه أيضًا من دليل تعليل مالك في سماع القرينين لغوه في الصناع بأنه لو أعمل لما عمل عامل إلا بشرطه، فيدخل على الناس الضرر.

قُلتُ: وفي غير نسخة من اللخمي قال ابن القاسم وأشهب: إن شرط أنه مصدقٌ في تلف الثياب وشبهها له شرطه ولا شيء عليه.

وقال سَحنون: من أعطى رجلًا مالًا ليكون له ربحه ولا ضمان عليه أنه ضامنٌ، فعليه يسقط شرطه في الثياب والأول أحسن.

قُلتُ: ما نقله عن ابن القاسم وأشهب خلاف نقل غير واحد عنهما، والعجب من ابن رُشْد وشارحي ابن الحاجب من عدم التنبيه عليه.

اللخمي: إن جاء بالثوب باليا بلباسه فلا شيء عليه إلا فيما لا يحدث في مدة عاريته فيغرم الزائد على نفك ضمان لباسه إلا أن يكون ذلك شأن لباس المستعير، ويضمن ما به من خرقٍ وحرقٍ إلا أن يثبت أنه من غيره، ويضمن السوس والفأر؛ لأنهما لا يحدثان إلا عن غفلة لباسه أو عمل طعامٍ فيه.

وفيها مع الموازيَّة لمالك: ما ثبت في ثوبٍ بيد صانعٍ أنه قرض فأرٍ دون تضييعٍ فهو من ربه، وإن جهل تضييعه وأنكره، ففي ضمانه حتى يثبت عدم تضييعه قولان للصقلي

عن ظاهرها، وقول ابن حبيبٍ فيه: مع لحس السوس مع التونسي والصقلي عن قولها: إن أفسد السوس الرهن حلف المرتهن ما ضيعت ولا أردت فسادًا قائلين: وكذا ينبغي في قرض الفأر.

التونسي: وقد يقال مثله في النار أو يقال النار هو قادرٌ على عملنا فيجب ضمانه حتى يثبت أنها من غير سببه.

زاد ابن رُشْد: والأشبه أنهما سواءٌ.

قُلتُ: وتقدم هذا في الرهون ونحوه في تضمين الصانع ويجري كله في العارية المضمونة.

وما أتى به مستعيره من فأسٍ ونحوه مكسورًا في ضمانه إياه حتى يقيم بينةً أنه انكسر فيما استعاره له وتصديقه فيما يشبه ذلك قولا ابن القاسم مع ابن وَهْب وعيسى بن دينارٍ مع مُطَرِّف وأَصْبَغ وابن حبيبٍ قائلًا من محاسن الأخلاق إصلاحه.

ابن رُشْد: وثالثها قولها في السيف لا يصدق إلا ببينةٍ، أنه كان معه في اللقاء رابعها: لسَحنون لا يصدق إلا ببينة أنه ضرب به في اللقاء ضربًا يجوز له، هذا أبعدها وأصوبها قول عيسى مع يمينه.

اللخمي: وكذا الرمح أو القوس، وأما الرحى يستعيرها للطحن فيأتي بها وقد حفيت فلا شيء عليه اتفاقًا.

وفي كون ضمان ما يضمن منها يوم العارية أو يوم ضاعت قولان:

اللخمي: على الخلاف في الرهن، فإن رأت البينة العارية عنده بالأمس كانت قيمتها يومئذٍ قلَّت أو كثرت، فإن لم تر من يوم أعيرت وقيمتها يوم العارية عشرةٌ ويوم ضاعت ثمانيةٌ غرم عشرةً؛ لأن المعير يكذبه في بقائها اليوم ضياعها وإن كانت في يومين على العكس أخذه بعشرة؛ لأنه يصدقه في دعوى بقائها

والقدر المضمون منها جميعها إن كان لا ينقصها استعمالها بحسب ذاتها أو قصر مدتها وما نقصها استعمالها يضمن باقيها بعد نقصها ذلك، ولو ثبت استهلاكه إياها قبل استعمالها؛ لأنه صار فيها به كشريك.

قُلتُ: الأظهر أنه يغرم قيمتها كاملةً إن كانت لا ينقصها الاستعمال على مذهب ابن القاسم في استهلاكها أجنبيٌّ حسبما يذكر بعد هذا.

قال: وإن أهلكها المعير بعد قبضها المستعير ففي غرمه قيمتها يستأجر بها للمستعير مثل الأولى، أو يشتري له منها مثلها، ثالثها: يغرم قيمة المنفعة قياسًا على هذه الأقوال فيمن أولد أمةً بعد أن أخدمها رجلًا.

ولو أهلكها قبل قبضها مستعيرها، ففي كونه كما لو قبضها أو لا يغرم له شيئًا قولان على قولي ابن القاسم وأشهب فيمن باع ما وهبه قبل قبضه الموهوب له.

وإن أهلك الثوب أجنبيٌّ كانا شريكين في القيمة؛ لأنه مما ينقصه الاستعمال، ويختلف إن كان مما لا ينقصه الاستعمال كعبد يقتل، فقال ابن القاسم: لا شيء للمخدم وجميع القيمة لسيده.

وقال أشهب: من أوصى بخدمة عبده لرجلٍ وبرقبته لآخر إن قتل جعلت قيمته في مثله فيخدم بقية خدمة الأول، ثم يعود للآخر؛ يريد: إن كانت لا ينقصها الاستعمال كعبد يقتل فقال ابن القاسم: لا شيء للمخدم، وجميع القيمة لسيد الخدمة لأجل فيخدم بقيته، وإن كانت حياة المخدم خدمة العبد الثاني حتى يموت المخدم، وإن كانت حياة العبد خدم الأخر قدر حياة العبد الأول، فقد يكون الأول شيخًا والثاني شابًا.

ولمحمد: من أوصى له بغلة دار أو سكناها فيهدمها رجلٌ بعد موت الموصي، فعلى الهادم ما بين قيمتها قائمة ومهدومة تبنى بها تلك الدار، وإن أتى من بنائها مثل الأول أو أقل يكون ذلك للموصي له بحاله.

ابن رُشْد: إن وجب ضمان العارية، فإنما يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه، لقد ضاعت ضياعًا لا يقدر على ردها لتهمته على أخذها بغير رضى ربها.

ويتقيد الانتفاع بالعارية بما خصه به معيرها لفظًا أو عرفًا، والأخف من المأذون فيه مثله.

فيها: من استعار دابةً ليحمل عليها بزًّا فحمل عليها حجارةً فكلما حمل ما هو أضر

مما استعار له فعطبت به فهو ضامنٌ، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن كحمله عدسًا مكان حنطةٍ أو كتانًا أو قطنًا مكان بزٍّ.

وفي سماع سَحنون قال: وروى علي بن زياد: من استعار دابةً إلى بلدٍ فركبها إلى غيره فعطبت، فإن كان ما ركبها إليه مثل الأول في السهولة لم يضمنها.

ابن رُشْد: هذا يدل على أنه غير متعدٍّ بذلك، وأن له أن يفعله ولابن القاسم في المبسوطة أنه ضامنٌ بركوبها لغير ما استعارها إليه، وهو الآتي على قولها في الرواحل من أكرى دابةً لبلدٍ ليس له أن يركبها إلى غيره، وله في آخر رسم سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة: اختلف فيمن استعار دابةً لموضعٍ فركبها إلى مثله في الحزونة والسهولة والبعد فهلكت فروى عليٌّ لا ضمان عليه، وقاله عيسى بن دينارٍ في المبسوطة، وقال ابن القاسم فيها: أنها ضامنٌ.

وظاهر لفظ المدَوَّنة: إذا حمل ما هو أضر أنه يضمنها مطلقًا، وهو ظاهر كلام عبد الحق: إذا أعاره ليحمل عليها شيئًا فحمل ما هو أضر واختار ربها تضمينه الكراء، فإن كان كراء مثل ما إذن له فيه عشرة وكراء مثل ما حمل عليها خمسة عشر غرم خمسة.

قُلتُ: فظاهر قوله فاختار أنه مخير في تضمينه قيمتها سواء كان هو أضر مما تعطب في مثله أم لا.

وقال الصقلي: إن كانت مما تعطب في مثله فعطبت، خير رب الدابة في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك وفي أخذ كراء فضل الضرر، ثم ذكر في تقدير فضل الضرر ما تقدم لعبد الحق قال: وإن كان ما حمل عليها لا تعطب في مثله فليس له إلا كراء الزيادة.

قُلتُ: ظاهر كلام عبد الحق وغير واحد من الشُيُوخ خلافه وأنه ضامنٌ وإن كان ما حمل عليها لا تعطب في مثله.

وفي النكت أيضًا في كتاب الرواحل: إن جاوز المكتري المسافة بقليل أو كثير ضمن بخلاف زيادة على الحمل فإنه يفرق فيها بين كون الزيادة مما تعطب في مثلها أو لا؛ لأن منابه التعدي في المسافة ممتاز من المأذون فيه، والزيادة في الحمل غير ممتازة.

قُلتُ: وما به التعدي في العارية ممتاز عن المأذون فيه ضرورة أنه خلافه.

ولابن رُشْد في مقدماته: إن استعملها في غير ما أذن له فيه فنقصها استعماله أكثر من الاستعمال المأذون فيه ضمن نقصها الزائد على نقص المأذون فيه، فإن أنهكها ذلك دون أن أعطبها ضمن قيمتها يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه، فإن أراد ربها أخذ قيمة ما استعملها فيه بعد طرح قيمة المأذون فيه لم يكن ذلك له في قول إن كانت أكثر من قيمتها وله ذلك في قول، وإن كانت أقل من قيمتها لم يمنع من ذلك.

قُلتُ: يحتمل أن يريد بقوله: وفي قول يكون له ذلك أنه على القول بتضمين الغاصب أعلى القيمة، ولم يفرق في هلاكها في غير المأذون فيه بين كونه مما تعطب في مثله أم لا.

وللشيخ في كتاب ابن سَحنون عن ابن القاسم وأشهب: من استعار دابة إلى موضع فتعداه بميل ونحوه، ثم ردها إلى الموضع الذي استعارها إليه، ثم رجع يريد: ردها لربها فعطبت ضمنها بتعديه.

قُلتُ: ظاهره ولو كان الزائد مما لا تعطب بمثله ونحوه.

قولها: من استعار دابة إلى مسافة فجاوزها بميل ونحوه، ثم رجع إلى ما استعارها إليه، ثم رجع ليردها إلى ربها فعطبت بالطريق الذي أذن له فيه، هل يضمن؟

قال: قال مالك: من تكارى دابة لذي الحليفة فجاوزها ثم ردها فعطبت بعد أن رجع إلى ذي الحليفة، فإن كان تعدى لمثل منازل الناس فلا شيء عليه، وإن جاوز ذلك بمثل الميل ضمن.

الصقلي: وقال ابن الماجِشُون: لا يضمن في هذا.

قال ابن حبيب: كقول مالك: فيمن تسلف من وديعة ثم رد فيها ما تسلف، ثم سرقت لا ضمان عليه.

قُلتُ: فلم يقيد الزيادة بكونها مما تعطب في مثلها، وفي آخر رهونها: من ارتهن عبدًا فأعاره لرجل بغير أمر الراهن فهلك عند المعار بأمر من الله لم يضمن هو ولا

المستعير، وكذا إن استودعه رجلًا إلا أن يستعمله المودع أو المستعير عملًا أو يبعثه مبعثًا يعطب في مثله فيضمن.

وفيها قبل هذه: من أعرته سلعةً ليرهنها في دراهم مسماةٍ فرهنها في طعامٍ فقد خالف وأراه ضامنًا.

قُلتُ: وهذا لا أثر له في العطف، ولعياض في كتاب الجعل والإجارة ما حاصله: ما هلك في استعماله فيما لم يأذن فيه ربه بغير سبب العمل الذي لا يعطب في مثله كالحراسة ونفش الصوف في ضمانه مستعمله قولا سَحنون في بعض رواياتها، وابن القاسم بناء على أنه بالعداء كغاصب، واعتبار غالب السلامة، وما هلك بسبب العمل الذي يتوقع فيه الهلاك نادرًا في ضمانه تأويل بعضهم عن ابن القاسم وظاهر قوله مع مالك وهو الصحيح، وفيما يتوقع فيه الهلاك غالبًا وهلك بسببه الضمان اتفاقًا، وما هلك فيه بغير سببه كالأول فيه قولا سَحنون وابن القاسم.

وفي كون استعمال الإعانة فيما فيه الإجارة واستعمال الإجارة سواء في تقييد الضمان بأنه يعطب في مثله، والفرق في الاستعمال فيما فيه الإجارة ولو كان لا يعطب في مثله وتقييده في الإجارة فيما يعطب في مثله تأويلا التونسي مع غيره وغيرهم، وتقدم القول فيها: إن وقعت مطلقة في فصل الصيغة.

وزاد اللخمي: من استعار دابة ليركبها حيث شاء، فإن كان شأن الناس التصرف بذلك البلد راكبًا حملت عاريته على التصرف بها فيه حتى يقول أسافر بها وإن لم يكن ذلك شأنهم حمل على الخروج بها، ولا يبعد إلا أن يكون ذلك شأن المستعير.

قُلتُ: انظر إن كانت عادة المعير بخلاف عادة المستعير، والأظهر اعتبار عادة المعير، والوفاء بها لازم؛ لأنه معروف.

وفيها: من ألزم نفسه معروفًا لزمه، ويدخلها الشاذ في عدم لزوم الهبة بالقول.

اللخمي: إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه، وإن لم تؤجل كقوله أعيرك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب، ففي صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار له، ثالثها: إن أعاره ليبني ويسكن فالثاني وإلا فالأول

لابن القاسم فيها مع أشهب وغيرهما وابن القاسم في الدمياطية.

ابن القُصَّار: إن أعاره ليبني أو ليغرس لزمه بالقول مدة انتفاع مثل ما استعار له، ولم يبين حكم من لم يذكر بناء ولا غرسا، وأرى أنه إن بنى أو غرس بعلمه ولم ينكر عليه، أن يكون له مدة يرى أنه يترك لمثلها وإن لم يعلم ودل دليل لما فعله كمن أعار أرضًا بين ديار فبنى بها دارًا لزمه، ولو كانت بين حوانيت فبناها حوانيت لم يلزمه، وكذا أرض بين بساتين غرسها لصحة الانتفاع بالبيع فيها قاعة بين الحوانيت ومزرعة بين البساتين، ومحمل عاريتها للزرع مدة واحدة.

ولابن حبيب عن الأخوين وروايتهما: من أعار جاره جداره لحمل خشبةٍ فليس له نزعها ولو طال واحتاج بجداره، ولو مات أو باع إلا أن يهدم الجدار فتسقط عاريته إن أعاره.

وفي العتبيَّة: له أن يزيله إن احتاج إلى حائطه، وقال محمد بن عبد الحَكم: له الرجوع في حائطه ويرمي بها.

وسمع ابن القاسم في الأقضية: ليس لمن أذن في غرز خشبة في حائطه نزعها إلا لحاجة في هدمه أو الانتفاع به.

ابن رُشْد: مثله سمع أشهب في العارية.

قُلتُ: زاد فيها: فإن أراد البيع فطلب نزع الخشبة ليزيده المشتري في الثمن.

قال: يبيعها على حالها وفيها الخشبة، أرأيت إن كان المشتري عدوًا له فأراد ضرره ما أرى ذلك له.

قال ابن رُشْد: وفي المدَوَّنة: لمن أذن لغيره أن يبني في أرضه أو يغرس فبنى وغرس إخراجه بإعطائه قيمة ما أنفق، فقال ابن لبابة وابن أيمن وغيره من الشُيُوخ: هذا خلاف قول، وللعتبي عن سَحنون فرقٌ بينهما لقوله ﷺ: **«لا يمنعن أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره»**[1]؛ يريد: لقول ابن كنانة وغيره من أصحاب مالك محمل

---

(1) سبق تخريجه.

الحديث على ظاهره من وجوب ذلك وإن لم يأذن فكيف إذا أذن.

ولابن حبيب عن رواية الأخوين: من أرفق جاره بوضع خشبة لزمه ذلك ولو طال واحتاج أو مات أو باع إلى أن ينهدم، وكذا كل ما أذن فيه مما فيه العمل والإنفاق من البناء والإرفاق بالماء من العيون والآبار لمن ينشئ عليه غرسًا أو يبتدئ عليه عملًا وهو كالعطية.

ولو شرط رجوعه متى شاء بطل الإذن وعلى هذا الشرط قبل العمل، وبطل الشرط بعده لما فيه من الضرر بالعامل، وما لا كلفة عملٍ فيه كبير نفقةٍ كفتح بابٍ أو فتح طريقٍ إلى مختلف في فناء الآذن، أو أرضه، أو إرفاق ماءٍ لشفة أو سقي شجر قد غرست قبل ذلك نضب ماؤها، أو غارت آبارها للآذن فيه الرجوع، إلا أن يكون وقت ذلك وقتًا فيلزمه إليه أو يبيع المأذون إليه، وشرطه لمشتريه ما أذن له فيه بعلم الآذن فيلزمه ذلك، إلا أنهم قالوا: من أذن لمن يسوق على أرضه ماءه، أو ماء من النهر، أو من ماء الآذن إلى أرض المأذون له فلا رجوع له، وإن لم يتكلف المأذون له فيه كبير نفقة رعيا لإلزام عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة لعبد الرحمن بن عوف بغير إذنه وطوعه، وإن كان العمل ليس عليه، واختاره ابن حبيب، وله عن أَصْبَغ ما فيه كلفة عمل وإنفاق غير سواء للآذن الرجوع فيه إذا أتى عليه من الزمان ما يكون إلى مثله عارية في مثل هذا إلا فيمن أذن لرجل أن يغرس غرسًا على مائه، فلما غرسه أراد قطع مائه عنه فليس له ذلك.

قال: وهو على مذهب ابن القاسم.

قُلتُ: ما عزاه لأَصْبَغ عزاه الشَّيخ للدمياطي عن ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: فيتحصل فيها ستة أقوال: منع الرجوع في كل ذلك إلا أن يحتاج للآتي على تأويل ابن لبابة وابن أيمن، ومنع رجوعه ولو احتاج، ورجوعه ولو لم يحتج ويغرم للمأذون له فيما كان له فيه عمل قيمة نفقته، ورابعها: له الرجوع بعد مضي ما يعار لمثله، وخامسها: الفرق بين الإذن في وضع الخشب على الجدار وبين سائر ذلك للحديث بالنهي عن المنع من ذلك، وسادسها: الفرق بين ما تكلف المأذون له فيه نفقة

وما لم يتكلفها فيه، وهذا الخلاف إنما هو فيما لم يصرح فيه بلفظ هبة ولا عارية، فمن حمله على الهبة لم ير فيه رجوعًا، ومن حمله على العارية رأى فيه الرجوع بمضي أمد ما تعار إليه، ومنهم من جعله من ناحية العدة التي لا تلزم فيجعل له الرجوع متى شاء، ومنهم من حمل ما فيه النفقة على الهبة، وما لا نفقة فيه على العارية على اختلافهم في العارية إذا لم يسم لها أجلًا هل تلزم أم لا، ويختلف إذا غرس على مائه وهو ساكتٌ، ثم أراد قطعه عنه، فقيل: له ذلك بعد أن يحلف أن سكوته لم يكن رضا، وقيل سكوته كالإذن فيجري الأمر فيه على الاختلاف الذي ذكرنا في الإذن.

قُلتُ: ثاني الأقوال الستة لم يعزه ولا يصح عزوه للأخوين وروايتهما بل قولها وروايتها هو السادس، وذكره الصقلي غير معزو، والثالث: قولها، ورابعها: لأَصْبَغ وخامسها: لسَحنون، وأما السادس: فهو قول الأخوين

وقال ابن عبد السلام: حصل بعض شُيُوخنا في هذه المسألة مع مسألة عارية الجدار لغرز الخشبة ستة أقوال:

قول مالك وابن القاسم: ليس للآذن رجوع إلا أن يحتاج.

الثاني: قول الأخوين: ليس له ذلك وإن احتاج.

الثالث: قولها: له الرجوع وإن لم يحتج.

الرابع: قول أَصْبَغ: له الرجوع لمن مضى ما يعار له.

الخامس: قول أشهب وابن نافع: الفرق بين ما تكلف فيه نفقة وما لم يتكلف فيه.

السادس: قول سَحنون: الفرق بين مسألة غرز الخشب في الدار وبين الإذن في بناء العرصة.

قال: وينبغي أن تتأمل هذه الأقوال بعضها لا يشك في مناقضته للأول، وبعضها يغلب على الظن أن يكون قيدًا في الأول فلا يكون مخالفًا له.

قُلتُ: ما عزاه من التحصيل هو تحصيل ابن زرقون، وما عزاه للأخوين وهمٌ، إنما قولها هو ما عزاه لأشهب حسبما تقدم من لفظ ابن رُشْد في غير نسخة من البيان، وما عزاه لأشهب وابن نافع لا أعرفه لغير الباجي.

وفي النوادر: ذكر أشهب في كتابه أن المستعير إذا فرغ من بنائه وغرسه فلرب الأرض إخراجه فيما قرب أو بعد؛ لأنه أعاره لغير أجل وهو فرط إذ لم يضرب أجلًا، وللدمياطي عنه له إخراجه متى شاء إن كان لحاجته إلى عرصته أو إلى بيعها تقدم لهما شرط أم لا، وإن كان لا لحاجة بل لشيء بينهما فليس له ذلك، وقال في كتابه: من قال: أعرتك دابتي إلى موضع كذا أو كذا يومًا أو حياتك فلا رجوع له إلا إلى الأجل، وإن لم يزد على أن قال: أعرتك فله الرجوع متى شاء.

قُلتُ: وهذا كله يرد ما عزاه لأشهب.

وكل بانٍ أو غارسٍ في غير ملكه عمدًا بغير إذن رب الأرض، ولا شبهة ملك، ولا معار إلى أجل أخرج لتمام أجله، فلرب الأرض أمره بإخراجه من أرضه، أو أخذه مجانًا إن لم يكن له ثمن بعد قلعه، فإن كان له ثمن فلربها أخذه بقيمته، في المدَوَّنة مع غيرها منقوضًا مقلوعًا.

الصقلي عن محمد: بعد طرح أجر القلع، وعزاه ابن رُشْد في غصب المقدمات إلى ابن شعبان، وقال: هذا إن كان الباني ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا عبيده، وإنما يستأجر عليه، وقيل: لا يحط من ذلك أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدَوَّنة، وإليه ذهب ابن دحونٍ واعتل بأن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أخذه بالقيمة بعد الهدم.

قُلتُ: فأحرى أن يكون كذلك في غير الغاصب، وتمام هذا في الغصب والاستحقاق.

عياض: حكى ابن حبيب عن شُيُوخه أن قيمة ذلك كله قائمًا على كل حال.

ابن رُشْد: قال في سماع يحيى من الاستحقاق لابن حبيب من رواية الأخويين: من بنى أو غرس بأرض قوم بإذنهم أو بعلمهم ولم يمنعوه فله قيمة ذلك قائمًا.

قال: وكذا من تكارى أرضًا أو منحها لأجل أو لغير أجل أو بنى بأرض له فيها شرك فعلم شريكه.

قال الأخوان: ما اختلف فيه قول مالك ولا أحد من أصحابه، وبه القضاء

بالمدينة، وقاله ابن كنانة وابن نافع وابن مسعود وشريح، وروى ابن وَهْب فيه حديثا.

وفيها: من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه بقرب إذنك مما لا يشبه أن تعيره إلى مثله، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق، وقال في بابٍ بعد هذا قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد.

عياض: قوله: قيمة ما أنفق كذا في كتب شُيُوخنا، وهي رواية أَصْبَغ وسقط لفظ قيمته في رواية، وزاد في بعض النسخ: حيًّا قائمًا، وكذا في كتاب ابن المرابط، وفي موضع آخر من الكتاب: يعطيه ما أنفق وهي رواية الدمياطي، وتكلم الناس في اختلاف اللفظين واتفاقهما بما لا يحتاج إلى تكريره.

وفي مختصر حمديس: إن أعطاه ما أنفق يعطيه أجر مثله في كفايته ليس على قيامه؛ لأن رب الأرض قد يجد ما أنفق ويعجز عن القيام، ولولا ذلك لم يشأ من عجز عن القيام أن يعير أرضه، فإذا استوى البناء والغرس أخرجه، وقال: هذه نفقتك وسلم ذلك.

ولابن رُشْد في آخر سماع أشهب من الاستحقاق فيما يجب به الرجوع فيما عمره وبناه تفصيل، واختلاف إن كان ذلك بحدثانه قبل بنائه ففيه قولان:

قوله: في هذه الرواية له النفقة، والثاني: له قيمة النفقة، والقولان في المدَوَّنة على اختلاف في الرواية، وقيل: ليس ذلك باختلاف فله النفقة إن كان لم يغبن فيها وقيمتها إن كان غبن، فيرجع إلى أن له الأقل من النفقة أو قيمتها، وإن كان ذلك بعد أن طال الأمر وبلي البناء، فليس فيه إلا قيمة البناء قائمًا على حالته من البلا اتفاقًا.

ومعرفة ذلك أن يقول كم قيمة الدار اليوم على ما هي عليه من هذا البناء القديم وكم كانت تكون قيمتها اليوم لو كان هذا البناء الذي فيها جديدًا فينقص ما بين القيمتين من النفقة التي أنفق، أو من ثمنها على الاختلاف المذكور فما بقي كان هو الواجب به الرجوع.

قُلتُ: وتمامه في الاستحقاق.

عبد الحق: قوله يعطيه ما أنفق، وفي باب آخر قيمة ما أنفق يحتمل ثلاثة أوجه: القيمة فيما أخرج من عنده من آجرٍّ وجيارٍ ونحوه، وما أنفق إذا أخرج ثمنًا اشترى به هذه الأشياء.

الثاني: القيمة فيما طال أمده؛ لأنه تغير بانتفاعه، وما أنفق فيما قرب جدًّا فلا يكون اختلاف قول.

الثالث: أن ما أنفق يعطيه فيه عدد الدنانير التي أنفق إن كان لم يغبن أو غبن يسيرًا وقيمة ما أنفق يعطي القيمة بالعدل لا يحسب ما يتغابن الناس بمثله، وعلى هذا يكون اختلاف قول، وكل هذه الوجوه تأول فيها الصقلي هذا التأويل.

والأول محتملان، وأما الآخر فخطأ؛ لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء، ولا يراعى تغير أو لم يتغير، ولو عكس هذا كان أولى؛ لأن ما تقادم وتغير القيمة فيه يوم البناء متعذرة لتغيره، ولا يتحقق كيف حاله يوم البناء، فيجب أن يعطيه ما أنفق نقدًا، وما كان بالقرب لم يتغير فالقيمة فيه متحصلة، فإذا أعطيها لم يظلم؛ لأنها متوسطة بين ما غبن أو غبن كيف، وهو إذا طال الأمد ينقص فيه فهو يخرجه ويعطيه قيمته مقلوعًا.

وفيها: من ركب دابة رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها، وقال ربها بل أكريتها مني، قبل قول ربها إلا أن يكون مثله لا يكري الدواب لشرفه وقدره.

وفي الجعل والإجارة منها: إن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله له باطلًا، وقال الصانع: بل بأجر كذا، صدق الصانع فيما يشبه من الأجر، وإلا رد لأجر مثله.

قال غيره: يحلف ويأخذ الأقل مما ادعى أو من أجر مثله.

عبد الحق: على قول ابن القاسم إن ادعى الصانع ما يشبه فلا يمين على رب المتاع، وإن ادعى ما لا يشبه حلف رب المتاع ليسقط ما ادعى الصانع من التسمية على أجر المثل وعلى قول غيره، ويأخذ الأقل مما ادعى رب المتاع إن فضلت التسمية على أجر المثل لم ليسقط الفضل، وإن ادعى الصانع مثل أجر المثل فأقل فلا حلف على رب المتاع إنما يحلف الصانع وحده.

وفي أكرية الدور منها: ومن أسكنته دارك ثم سألته الكراء، فادعى أنك أسكنته

بغير كراء، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك.

قال غيره: على الساكن الأقل من دعواك وكراء المثل بعد أيمانكما، وتناقض ما في العارية لعدم تقييد هذه بقولها في العارية إلا أن يكون رب الدابة ممن لا يكري الدواب لشرفه.

ويجاب باقتضاء العرف أن كراء الدواب نقص في بعض الناس، وكراء الرباع ليس نقصًا في أحد من الناس، وهذا في سكنى الرباع استغلالًا، ولو أسكنه بيتًا في دار معه لكان ذلك كمسألة الدابة، وكذا الثياب والآنية.

الصقلي: قوله: بعد أيمانهما هو إن كان كراء المثل أقل من دعوى رب الدار، وإلا فلا معنى ليمين الساكن.

وقال بعض فقهاء القرويين: يلزم على قول ابن القاسم لو قال: بعتك هذه السلعة بعشرة، وقال: من هي بيده وهبتها لي وفاتت وقيمتها تسعة، أن يأخذ ربها عشرة بيمينه والآخر ما أقر بوضع يده عليها بشراء قط.

وفي الموازيَّة: من قال: بعت منك هذه السلعة، وقال الآخر: وكلتني على بيعها فبعتها، يحلفان وترجع السلعة، وفيه نظر؛ لأنهما مقران أن بيع الوكيل لا ينقض؛ لأن ربها يقول بعتها منه فبيعه لا ينقض، والوكيل يقول أمرتني ببيعها فلا ينقض، فإن فاتت لم يصدق أحدهما على صاحبه وغرم الوكيل قيمة السلعة ما لم تزد على الثمن الذي ادعاه ربها، فإن زاد فالزائد لربها إن رجع بالقرب، وإلا تصدق به على من هو له، وليس هذا الشرح من كتاب محمد وإنما نزلته على أصولهم، وأفادت المسألة أنه لم يجعل القول قول من قال: بعت منك، وكذا يجب إذا قال: أسكنتك بكذا، وقال الآخر: أسكنتني بغير شيء.

قُلتُ: قوله وكذا يجب إن قال: أسكنتك أسكنتني بغير شيء كلام واضح لغوه لمن تأمله، وهذا؛ لأنه أراد بقوله هذا أنه لا يلزم الساكن شيء بحال فباطل لزومه لما ذكر في مسألة الوكيل؛ لأنه فيها قد غرم الوكيل القيمة في الفوت، وإن أراد أنه لا يلزمه العدد الذي ادعاه عليه مالك الدار فهو المنصوص، فقوله: وكذا يجب لغوٌ؛ لأنه

تحصيل الحاصل.

وسمع ابن القاسم: من استعار دابة وقال أعرتنيها لبلد كذا وكذا، وقال ربها بل إلى بلد كذا وكذا فإن أشبه ما قال المستعير فعليه اليمين.

ابن القاسم: هذا إن ركب المستعير ورجع، وإن لم يركبها فالقول قول صاحب الدابة، وكذا ابن رُشْد: من أخدم رجلًا خادمًا أو أسكنه منزلًا.

ابن راشد: لا خلاف أن القول قول المعير إن اختلفا قبل الركوب أو بعد الوصول لما أقر به المعير

اللخمي: إن اختلفا قبل الركوب فالقول قول المعير مع يمينه كان اختلافهما في ناحيتين أو في زيادة مسافة، ثم المستعير بالخيار في ركوبها إلى ما حلف عليه المعير أو يترك إلا أن يخشى منه التعدي بها حيث ادعى فلا تسلم له إلا بتوثقٍ منه لئلا يتعدى، وإن اختلفا بعد الركوب ففيها مع سماع ابن القاسم: القول قول المستعير إن أشبه.

زاد ابن القاسم في العتبيَّة: عطبت أو اعتلت.

اللخمي عن أشهب: يقبل قوله في نفي الضمان وقول المعير في الكراء، ويتخرج فيها قبول قوله فيهما من أحد القولين أن القول قول الآمر فيما اشترى المأمور خلافه أحرويًا؛ لأن المستعير يجر نفعًا لنفسه بخلاف الوكيل.

قُلتُ: عزا هذا القول ابن رُشْد في السماع المذكور لابن القاسم في الدمياطية، ونصها: من استعار ثوبًا فحبسه شهرًا وجاء به، وقد تغير فقال ربه: إنما أعرتك اليوم واليومين، وقال المستعير: بل إلى أن أقدم من سفري إن كان ربه حاضرًا معه لا يسأله عنه، فالقول قول المستعير ويحلف، وأما السفر فهو متعدٍّ إن حلف صاحب الثوب، والخلاف في المسألة إنما هو إن غاب المستعير عن المعير بالدابة أو الثوب ثم قدم بهما.

قُلتُ: لا يخفى على منصف ضعف أخذ ابن رُشْد القول الذي خرجه اللخمي من مسألة الدمياطية، وهذا؛ لأنه لا خلاف أنه لا يكون القول قول المستعير إلا بقيد الشبه.

وقوله في مسألة الدمياطية: إنما قاله ابن القاسم؛ لأنه رأى أن دعواه السفر غير شبهة؛ ولذا فرق بين الحضر والسفر.

الصقلي: مقتضى قول ابن القاسم أن القول قول المستعير في سقوط الضمان والكراء.

في مختصر الشَّيخ: قال لسَحنون: القول قوله في رفع الضمان وفي الكراء قول رب الدابة.

ابن حارث: أنكر سَحنون ضمان المستعير، وقال: القول قوله مع يمينه، قاله عنه يحيى بن عمر، ولهم فيها مناقضة وجواب ذكرناه في الأكرية بعد هذا.

الشَّيخ لأشهب في كتابه من بعث رسولًا إلى رجل يعيره دابةً إلى برقة، فقال الرسول للرجل يسلك فلان، فأعاره وركبها إلى برقة فعطبت، فقال المعير: إنما أعرته إلى فلسطين، وقال الرسول: إلى برقة فشهادته ساقطةٌ؛ لأنها على فعل نفسه، ويحلف المستعير على دعواه ويسقط عنه الضمان، ويحلف المعير على دعواه، ويكون له ما بين كراء برقة إلى فلسطين.

وفيها: من بعث رسولًا إلى رجل يعيره دابةً إلى برقة، فقال الرسول للرجل: يسألك فلان أن تعيره دابتك إلى فلسطين، فأعاره فركبها المستعير إلى برقة ولا يدري فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب ضمن، وإن قال: بذلك أمرتني وأكذبه المستعير فلا يكون الرسول شاهدًا؛ لأنه خصم والمستعير ضامنٌ إلا أن يأتي ببينةٍ أنه ما أمره إلا إلى برقة.

فضل -في اختصار الواضحة-: قول ابن القاسم: يضمن المستعير؛ يريد: إذا حلف الرسول.

عياض: قوله والمستعير ضامن إلا أن يأتي ببينة على ما زعم ثبتت هذه الزيادة في كثير من روايات الأندلسيين والقرويين لا في رواية سليمان بن سالم، ولا يزيد بن أيوب وصحت في رواية يحيى بن عمر.

وقال ابن القاسم اللبيدي: سقطت في رواية جبلة، وأسقطها البراذعي وغيره وقال بعضهم: وأدخلها الشَّيخ وغيره من المختصرين، وقال أشهب: لا يضمن المستعير ويحلف ما أمره إلا إلى برقة.

قال بعضهم: وكذا يجب على قول ابن القاسم كما في مسألة عبد الرحيم، وقال غيره: إنما ضمنه في هذه؛ لأنه لا يقطع بكذب المعير إذ لا حقيقة عنده مما قاله الرسول، وفي مسألة عبد الرحيم هو مكذب للمعير.

قُلتُ: عزا الصقلي هذا الجواب لبعض أصحابنا عن بعض شُيُوخنا وقال: لو عكس كان أولى؛ لأن مسألة عبد الرحيم المعير فيها يحقق تكذيب المستعير، وفي هذه لا يحقق تكذيبه فهو أحرى أن يقبل قول المستعير ولا يضمنه بالشك، ألا ترى أنهم قالوا في المودع يدعي رد الوديعة أن القول قوله مع حلفه، وإن لم يتهم لدعوى رب الوديعة تكذيبه، ولو قال ضاعت صدق إن كان غير متهم بغير يمين؛ لأن ربه لا يدعي تكذيبه، فبان أن من ادعى تكذيبه أشد.

وأيضًا من أصلنا إذا استوت دعوى الخصمين فالقول قول من ادعى عليه الضمان، وهو المستعير، وفي هذه المسألة استوت من دعواهما؛ لأن كلا منهما لا يدعي تكذيب صاحبه.

اللخمي: وعلى الرسول اليمين لهما أن الباعث أمره إلى فلسطين، فإن نكل غرم قيمة الدابة لربها، فيرد ربها للراكب ما أخذ منه إذ لا يجتمع له أخذ القيمة والكراء، ولأن نكوله لرب الدابة نكولٌ عن دعوى الآمر أنه لم يأمره إلا إلى برقة؛ لأن الراكب يقول للرسول لو اعترفت لي بالتعدي غرمت القيمة ولم يكن علي شيءٌ، وإن صدق الرسول الآمر حلف لرب الدابة أنه لم يقل للرسول إلا إلى برقة، فإن نكل حلف رب الدابة أنه لم يقل له إلا إلى فلسطين وأغرمه قيمة الدابة ورد الكراء للراكب.

الصقلي عن ابن حبيب: من استعار دابة لحمل أو ركوب فردها مع عبده أو أجيره فعطبت أوضلت لم يضمنها؛ لأن شأن الناس هذا، وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء.

زاد في الواضحة: وكذا مبتاع الدابة على خيارٍ يبعث بها إلى بائعها.

الشَّيخ: لابن حبيب عن مُطَرِّف لا يقبل دعوى المستعير رد العارية التي يغاب عليها إلا ببينة ولو قبضها بغير بينة، وكذا ما لا يغاب عليه إن أخذه ببينة، وإن أخذه

دونها صدق مع يمينه ادعى هو ردها أو رسوله، وقاله أَصْبَغ إلا في دعوى ردها مع رسوله لا يصدق، ولو كان أخذها بغير بينة، ويقول مُطَرِّف: أقول: اللخمي على قول عبد الملك في القانع: القول قوله في الرد إن كان أخذها بغير بينة بخلاف التلف يقبل قوله في العارية، وإن اختلفا في صفة العارية وقد تلفت قبل قول المستعير مع يمينه ما لم يأت بها لا يشبه.

ابن رُشْد: من حق المستعير أن يشهد على المعير في رد العارية، وإن كان دفعها له بغير إشهاد بخلاف الوديعة؛ لأن العارية تضمن والوديعة والعارية لا تضمن، وأجرة حمل العارية على مستعيرها لقوله ﷺ لصفوان في السلاح التي أعاره إياها أكفنا حملها واختلف في أجرة ردها.

قيل: على المستعير وهو الأظهر، وقيل: على المعير.

[باب المخدم]

المخدم: ذو رقٍّ وهب ملك خدمته إياها لغيره[1]، فيدخل المدبر والجزء من العبد

---

(1) قال الرَّصاع: (إن قلت): ذكر المخدم هنا من كلام الشَّيخ في كتاب العارية هل يدل على أن العارية تشمله؛ لأنها تنقسم إلى منفعة في حيوان أو غيره أو أن ذلك استطراد في المنفعة الموهوبة.
(قُلتُ): يظهر من عرف الفقهاء أن العارية لا تصدق عليه والشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ صرح بأنه أحد أنواع العارية وتقدم ما فيه قبل هذا، وقد نبه على ما قلنا عن بعض الشُيُوخ.
(فإن قلت): إذا كان الإخدام داخلًا تحتها ويكون صنفًا منها فكيف يميز عن بقية أصنافها.
(قُلتُ): يقال تمليك منفعة مؤقتة لا لغرض في رق، وهذا في المعنى المصدري، ويقال في الاسمي رق ذي منفعة إلخ.
(فإن قلت): هلا ميز رَحِمَهُ اللَّهُ خاصية المخدم بفتح الدال وكسرها كما فعل في المعير والمستعير.
(قُلتُ): لعله رأى ذلك يؤخذ من الذي تقدم كما بينا في الرسم ولا يخفى ما في ذلك والله أعلم بقصده وقوله: ذو رق يشمل الرق القن والمدبر والجزء من العبد بخلاف المكاتب وأم الولد فلا خدمة فيهما، وانظر ما ذكره الشَّيخ هنا رَحِمَهُ اللَّهُ إذا أعمر ذو جنة ولده مدة، ثم هي له ملك، ثم مات المعمر والمعمر قبل مضي المدة لم تكن ميراثًا وذكر فيها قولين، وقد وقع السؤال عنها انظر الشَّيخ، فإن الشَّيخ ذكرها هنا وذكر ما يناسب الإخدام، وقد وقعت وأجبت فيها بأحد القولين والله =

لا المكاتب ولا أم الولد إذ لا خدمة لمالكهما فيهما، وهما أحد أنواع العارية إذ لم يخرج ربه عن ملك رقبته لعتقٍ أو ملكٍ في وصاياها الأولى نفقة الموصى بخدمته في الخدمة على المخدم.

ابن العطار: يحتمل أن يكون بفتح الدال وكسرها، والذي تأولناه أنه بفتحها.

قال غيره: هذا خلاف قوله في الزكاة: أن زكاة الفطر عنه على سيده، وقال في باب بعده: ولا يؤديها الرجل إلا عمن يحكم عليه بنفقته من المسلمين خلاف المكاتب.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من أخدم عبده رجلًا سنةً، ثم هو للآخر بتلًا فمات العبد قبل السنة عن مال فهو لسيده؛ أَصْبَغ: لأنه مات قبل أن يجب للرجل، وفي سماعه يحيى خلافه، ففي بقاء ملك المخدم المبتل بعد الخدمة للمخدم أو غيره على ملك ربه أو ينتقل لمن بتت له قولان ورويا.

قُلتُ: وعليها لو أعمر ذو جنة ولده أو أجنبيا مدة، ثم هي له ملك بعد المدة، ثم مات المعير والمعمر قبل مضي المدة في كونها لورثة المعمر أو المعمر القولان والروايتان، وفي وصاياها الأول: ولد المخدمة والمخدم من أمته بمنزلته يخدم معه.

الموفق، وذكر الشَّيخ رحمه الله الخدمة في حد المخدم بناء على أن الخدمة عنده أشهر من المحدود، وتأمل هل يدخل في ذلك من ملك الخدمة بالإخدام هل يخدم غيره أم لا، وهو ظاهر من حده، وتأمل ذلك مع العارية فتأمل ما فيه.

[كتاب الغصب]

الغصب: أخذ مالٍ غير منفعةٍ ظلمًا قهرًا لا بخوف قتالٍ[1]، فيخرج أخذه غيلةً، إذ لا قهر فيه؛ لأنه بموت مالكه حرابته.

---

(1) قال الرَّصاع: الغصب في اللغة: أخذ المال ظلمًا، وهو في الشرع أخص منه لغة، وقول الشَّيخ: أخذ جنس مناسب لمقولة المحدود، وقوله: مال أخرج غير (المال) في أخذ امرأة حرة، وإن أطلقوا عليه غصبًا فليس مقصودًا عند الفقهاء اصطلاحًا، وإنما ذلك لغة.

قوله: (غير منفعة) أخرج التعدي.

قوله: (ظلمًا) أخرج أخذه عن طيب نفس بغير باطل، ويخرج أيضًا منه إذا ظفر المغصوب بماله عند الغاصب وأخذه قهرًا، وكذا إذا أخذ من مال حربي، وكذا إذا انتزع المال من يد عبده، أو عجز مكاتبه على القول به وغير ذلك.

قوله: (قهرًا) أخرج به السرقة والنهبة وما شابه ذلك من الخيانة.

قوله: (لا لخوف قتال) أخرج الحرابة، وظاهر كلام الشَّيخ أنه أخرج الغيلة بقوله قهرًا.

قال: إذ لا قهر في قتل الغيلة؛ لأنه بموت مالكه وما ذكر حسن، ثم ذكر حد ابن الحاجب بقوله: أخذ المال عدوانًا قهرًا من غير حرابة.

قال: فيبطل طرده بأخذ المنافع كذلك كسكنى ربع وحرثه وليس غصبًا بل تعديًا.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وتعقب بتركيبه يعني أن في حد ابن الحاجب التركيب في الحد وهو مجتنب عند القوم، ثم فسر الشَّيخ التركيب بأنه وقف معرفة المحدود على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه، وهو الذي أشار إليه ابن عبد السلام في ذكر الحرابة في ذكر الغصب، وتأمل كلام المقترح في التركيب مع هذا الذي ذكر الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ، واعترض ابن عبد السلام على ابن الحاجب بأن هذا الرسم فيه ذكر سلوب وهي لا تميز.

قال الشَّيخ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كلامه مردود بأن العدم الإضافي يعيد نفي ما كان يحتمل الثبوت إفادة ظاهرة، ثم استدل على ذلك بما هو جلي.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: ولذلك صح وروده في النعوت في كلام العرب والقرآن كقوله تعالى: ﴿غَيْرِ ٱلْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ﴾ [الفاتحة: 7] والخاصة في الماهيات الجعلية الاصطلاحية يصح كونها عدمية.

قال: ولذا لم يتعقب الأشياخ حد القاضي القياس في قوله: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما بجامع بينهما من إثبات حكم، أو صفة أو نفيهما فاشتمل رسمه على قيدين عدميين مع كثرة إيراد الأسئلة عليه.

وقول ابن الحاجب مختصرًا كلام ابن شاسٍ: أخذ المال عدوانًا قهرًا من غير حرابةٍ يبطل طرده بأخذ المنافع كذلك، كسكنى ربعٍ وحرثه وليس غصبًا، بل تعديًا، وتعقب بتركيبه، وهو وقف معرفته على معرفة حقيقةٍ أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه.

وقول ابن عبد السلام: ذكر القيود في الرسم بحرف السلب لا يحصل بها تمييزٌ؛ بل توجب إجمالًا، فإنك لا تشاء أن تقول مثل ذلك في حدٍّ أو رسمٍ إلاَّ قلته.

يرد بأن العدم الإضافي يفيد نفي ما كان محتمل الثبوت، إفادةً ظاهرةً، ولذا صح وروده في النعوت في كلام العرب والقرآن، كقوله تعالى: ﴿غَيْرِ ٱلْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ﴾ [الفاتحة: 7]، والخاصة في الماهيات الجعلية الاصطلاحية يصح كونها عدميةً؛ ولذا لم يتعقب الأشياخ حد القاضي القياس بقوله: حمل معلومٍ على معلومٍ في إثبات حكمٍ لهما أو نفيه عنهما بأمرٍ جامعٍ بينهما من إثبات حكمٍ أو صفةٍ أو نفيهما باشتماله على قيدين عدميين، مع كثرة إيراد الأسئلة عليه.

ومعرفة حرمته في الدين ضروريةٌ؛ لأن حفظ المال أحد الكليات الخمس التي أجمعت الملل عليها، ويؤدب فاعله؛ لأنه ظلمٌ.

ابن رُشْد واللخمي وابن شعبان وغيرهم: فيه حق الله تعالى الأدب والسجن بقدر اجتهاد الحاكم، فإن كان الغاصب صغيرًا لم يبلغ ففي سقوط أدبه لرفع الإثم عنه وثبوته كما يؤدب في المكتب قولان، والغصب بين الكافرين كالغصب بين المسلمين.

ابن شعبان: وكذا بين الزوجين وبين الوالد وولده، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلافٌ، وبهذا أقول ومتعلق حق المغصوب منه بمال الصبي المميز في حمالتها، ويلزم الصبي ما كسره من متاعٍ أو أفسده أو اختلسه وما فعله من ذلك ضمنه.

وفيها: من أودعته حنطةً فخلطها صبيٌّ أجنبيٌّ بشعيرٍ للمودع ضمن الصبي ذلك في ماله، فإن لم يكن له مالٌ ففي ذمته.

وفي دياتها: وإذا جنى الصبي أو المجنون عمدًا أو خطأً بسيفٍ أو غيره فهو كله خطأٌ تحمله العاقلة إن بلغ الثلث، وإن لم يبلغه ففي ماله يتبع به دينًا في عدمه.

ابن رُشْد: إن كان الصغير لا يعقل ففي إهدار جنايته في الدم والمال كالعجماء أو كالمميز، ثالثها: إهدار ما أصاب من مالٍ واعتبار ما أصاب من الدم.

وتقدم حكم ما باعه أو ابتاعه، والخلاف في إغرامه ما صون به في البيوع والوديعة.

ابن الحاجب: وأما غير المميز فقيل: المال في ماله، والدم على عاقلته، وقيل: المال هدرٌ، وقيل: كلاهما، ابن عبد السلام: هذا حسنٌ في الفقه، والروايات لا تساعده.

قُلتُ: قوله: (والروايات لا تساعده) يرد بنقل ابن رُشْد في ثاني مسألة من رسم العشور من سماع عيسى من الجنايات.

قال: لا خلاف أن الصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوها أنه في جنايته في المال والدماء كالمجنون، وفيهما ثلاثة أقوال المذكورة، وعزا الثالث لهذه الرواية.

قال: والصبي المميز ضامنٌ المال في ذمته، والدماء على حكم الخطأ، والكبير المولى عليه في جنايته كالمالك أمر نفسه، ومجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه بسماويٍّ أوجناية غيره عليه.

فيها: ما مات من الحيوان، أو انهدم من ربعٍ بيد غاصبٍه بقرب غصبه، أو بغير قربه بغير شبهة، ضمن قيمته يوم الغصب، ولو قتل الأمة المغصوبة أجنبيٌّ وقيمتها يومئذٍ أقل من قيمتها يوم الغصب غرم الغاصب تمام قيمتها.

ابن الحاجب: ويكون التفويت بالمباشرة أو بإثبات اليد العادية بالمباشرة؛ كالقتل، والأكل، والإحراق، وإثبات اليد العادية في المنقول بالنقل، وفي العقار بالاستيلاء وإن لم يسكن.

قُلتُ: قالوا ضمير (يكون) عائدٌ على الضمان.

وقال ابن عبد السلام: قوله: وإثبات اليد العادية في المنقول بالنقل، هذا الوجه من وجهي إثبات اليد العادية سببٌ اتفاقًا، وهو نقل ما يمكن نقله كالحيوان والثياب ينقلها الغاصب فتهلك تحت يده بأمرٍ من الله.

قال: وقوله: وفي العقار بالاستيلاء وإن لم يسكن، هذا مذهب مالكٍ والشافعي

خلاف مذهب أبي حنيفة.

قُلتُ: فحاصل كلام ابن الحاجب وشارحه أن غير العقار لا يتقرر فيه الضمانُ بمجرد الاستيلاء، وليس المذهب كذلك؛ بل مجرد الاستلاء وهو مجرد حقيقة الغصب توجب الضمان.

لو غصب أمةً كائنةٍ ببقعةٍ أو غيرها من المتملكات فاستولى عليها بالتمكن من التصرف فيها دون ربها ضمنها، روايات المذهب واضحةٌ بهذا لمن تأملها، من ذلك قول الباجي: روى ابن وَهْب في المجموعة: من غصب عبدًا فمات من وقته بغير سببه ضمنه، وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارًا فلم يسكنها حتى انهدمت ضمن قيمتها.

قُلتُ: كذا في النوادر قال: ومثله في الموازيَّة.

قال ابن عبدوسٍ: وقاله أشهب، وذلك كله في العروض وغيرها.

[كتاب التعدي]

التعدي: قال المازري: هو غير الغصب أحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حقٍّ دون قصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه[1].

(1) قال الرَّصاع: قوله: (التعدي: قال المازري: هو غير الغصب وأحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه)، وبعد أن قيدت هذا من كتاب الغصب رأيت ترجمة التعدي في نسخة الشَّيخ بعد الاستحقاق.
قال فيه: (التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه).
قوله: (التعدي الانتفاع) صير الجنس الانتفاع بملك الغير، وقبل الشَّيخ منه ذلك، والجاري على حد الغصب الذي أخرج منه التعدي بقوله: غير منفعة أن مختار الشَّيخ قوله: منفعة ملك ظلمًا قهرًا لا بخوف قتال لا لقصد تملك الرقبة، ثم يضيف باقي الحد وهذا لا يرد عليه في الحقيقة؛ لأنه حيث نقل عن المازري هذا الكلام ما ذكره إلا للفرق بين التعدي والغصب، واعتقد أن الشَّيخ ذكره رسمًا للتعدي؛ فلذا شرحته، ثم وقفت على ما ذكرته عن الشَّيخ أولا، فإن قيل: أخذ منفعة ملك الغير هو الانتفاع أو يستلزم الانتفاع، قلنا: بل الأخذ سبب الانتفاع.
قوله: (بملك الغير) أخرج به الانتفاع بملكه.
قوله: (بغير حق) أخرج به الإجارة والعارية وغيرهما.
قوله: (دون قصد تملكه) أخرج به الغصب.
قوله: (أو إتلافه) هذا قسم من أقسام التعدي والضمير يعود على الملك، وهو عطف على الانتفاع.
قوله: (أو بعضه) ليدخل فيه إهلاك بعض الشيء، وقوله دون قصد التملك يخرج به الغصب أيضًا وتأمل هذا مع الرسم الذي ذكرنا عن الشَّيخ في آخر الاستحقاق في قوله التصرف إلخ هل يشمل جميع ما ذكر المازري في رسمه أم لا والله أعلم، ثم إن الشَّيخ ﷺ أراد أن يبين ما أجمل في كلام المازري في قسم لاستهلاك في مسائل التعدي فقال: الانتفاع بملك الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه ولا إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما قال: فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب فتأمل كلامه هذا مع كلام المازري رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد وقفت على ما ذكرت من رسمه للتعدي بعد فهو أخصر من كلام المازري؛ ولذا ذكر ما رأيته فقوله: التصرف مغاير للانتفاع؛ لأن الانتفاع كأنه مسبب عن التصرف ولم يقل كما قدمنا أخذ إلخ.
قوله: (في الشيء) يدخل فيه كل مال.
قوله: (بغير إذن ربه) أخرج ما إذا لم يكن له رب كالطرقات، وما شابه ذلك، وأخرج بباقي رسمه الغصب والله أعلم، وتأمل قوله: بغير إذن ربه، فإذا كان ربه صبيًا وأذن فيلزم أن لا يكون ذلك

قُلتُ: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بمال الغير دون حقٍّ فيه خطؤه كعمده، أو التصرف فيه بغير إذنه ولا إذن قاضٍ أو من يقوم مقامه لفقدهما، فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب.

ابن الحاجب: فإن غصب السكنى فانهدمت الدار لم يضمن إلا قيمة السكنى.

ابن عبد السلام: معناه: أنه غير غاصب للذات؛ لأنه لم يقصد ملك رقبتها فهو متعدٍ، وقد علم الفرق في المذهب بين المتعدي والغاصب وهو حسنٌ لو طردوه، ولكنهم جعلوا المتعدي على الدابة في الكراء والعارية ضامنًا للرقبة.

فإن قلت: المتعدي على الدابة ناقلٌ لها وفي الدار غير ناقلٍ لها.

قُلتُ: أسقط أهل المذهب وصف النقل في المغصوب عن درجة الاعتبار في ضمان الغاصب، وكذا ينبغي في المتعدي.

قُلتُ: ظاهر لفظ ابن الحاجب وشارحه أنه لا يضمن الدار ولا شيئًا منها، سكن جميعها أو بعضها، وهو خلاف نقل ابن شاس عن المذهب.

قال: لو غصب السكنى فقط فانهدمت الدار إلا موضع سكناه لم يضمن، ولو انهدم مسكنه لضمن قيمته، والتحقيق في ذلك إجراء المسألة على حكم هلاك المتعدى فيه مدة التعدي بأمر سماوي، ولا سبب فيه للمتعدي، وتقدم تحصيله في العارية، فنقل ابن الحاجب بناءً على لغو ضمانه بذلك، ونقل ابن شاس بناءً على ضمانه بذلك فتأمله، وبهذا يتبين لك ضعف مناقضة ابن عبد السلام بين مسألة التعدي بالسكنى ومسألة التعدي بالركوب؛ لأن الهلاك في زمن التعدي بالركوب لا يعلم كونه بغير سبب المتعدي بحال، والهدم يعلم كونه لا بسببه، وقياسه في آخر كلامه التعدي على الغصب واضحٌ رده بما فرق به أهل المذهب بين التعدي والغصب، من ذلك اعتبار لازمي ذاتيهما لازم ذات الغصب قصد تملك الرقبة، فلم يفتقر معه في الضمان إلى نقل، ولازم ذات التعدي البراءة من قصد تملك الذات، فناسب وقف ضمانها على التصرف فيها

التصرف تعديًا إلا أن يقال المعتبر الإذن الشرعي، وإذن المحجور ليس بإذن.

بالنقل.

ابن الحاجب: ويكفي الركوب في الدابة والجحد في الوديعة.

ابن عبد السلام: يعني يكفيان في ضمان الغاصب والمتعدي، ومسألة الركوب ظاهرةٌ باعتبار الغصب؛ لأن وضع اليد وحده كاف.

قُلتُ: ما علل به ظهور مسألة الغصب موجب إشكالها في كلام ابن الحاجب؛ لأن ظاهر قوله: (يكفي الركوب في الضمان) يقتضي نفيه بنفيه، والعلة المذكورة تناقضه وهي الحق، وقول ابن عبد السلام بها يناقض ظاهر ما تقدم له في تفسير قول ابن الحاجب، وإثبات اليد العادية في المنقول بالنقل فتأمله منصفًا.

والسبب الموجب سبب غصب مثله.

في نوازل سَحنون: إن أكره عاملٌ رجلًا على أن يخرج له متاع رجلٍ من بيته فدفعه له، فللمغصوب منه طلب ماله ممن شاء منهما، فإن أخذه من المباشر فله الرجوع به على من أكرهه، وله طلبه بغرمه له قبل غرمه في غيبة ربه خوف طلبه به إذا قدم.

ابن رُشْد: وهذا؛ لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حقٌّ لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح بإجماع، وقوله: (يقضى له بغرمه له قبل غرمه به) فيه نظر، ومقتضى النظر عدم تمكينه منه، ووقفه لربه.

قُلتُ: الأظهر تمكينه منه؛ لأنه لو هلك في الوقت لضمنه؛ لأنه على حكم الغصب باقٍ، وذكر الشَّيخ مسألة نوازل سَحنون في كتاب الغصب، ولم يزد فيها شيئًا.

وقال في كتاب الإكراه: ولابن سَحنون عنه من أكره على رمي مال رجل في مهلكة ففعل ذلك بإذن ربه من غير إكراه فلا شيء عليه ولا على من أكرهه، وإن أكره ربه على الإذن فالفاعل ضامنٌ، فإن كان عديمًا فالضمان على الذي أكرهه، ولا رجوع له على الفاعل إذا أيسر.

قُلتُ: مفهوم قوله: (إن كان عديمًا) أنه لا غرم على الآمر المكره وهو خلاف قوله في نوازله: ويفرق بينهما أن المال الكره على أخذه قبضه الأمر المكره في مسألة نوازله، فناسب كونه أحد الغريمين على السوية، والمال المكره على أخذه في مسألة ابن سَحنون

ليس ماله؛ لانتفاع الآمر به يناسب كونه مشروطًا بعسر الفاعل.

فإن قلت: في ضمان الفاعل مع استناده لإذن المالك المكره على إذنه نظرٌ؛ لأن كلا من فعل الفاعل وإذن المالك مسببٌ عن إكراه المالك لهما، فإن كان فعل المكره لغوًا فلا ضمان على الفاعل، وإن كان معتبرًا كان إذن المالك معتبرًا، وكل ما كان معتبرًا لم يكن الفاعل متعديًا فلا يكون ضامنًا.

قُلتُ: يجاب بأن المكره عليه إن كان قولًا كان لغوًا، وإن كان فعلًا كان معتبرًا حسبما تقدم في طلاق المكره، ويأتي إن شاء الله في الزنى والمكره عليه في حق الفاعل فعل يوجب اعتباره، وفي حق المالك قول يوجب لغوه فكأنه لم يكن منه إذنٌ.

قال الشَّيخ: وقال في باب آخر قولهم الكفر والقذف لم يبح له في الضرورة كما أبيحت له الميتة.

فيها: قال محمد: أفسدوا هذه العلة بإجماعهم هنا على من أكره بتهديدٍ بقتلٍ أو قطع عضوٍ أو ضربٍ يخاف منه تلفه على أخذ مال فلانٍ يدفعه لمن أمره وأكرهه أنه في سعةٍ من مال الرجل ودفعه إليه ويضمن الآمر ولا يضمن المأمور.

قال من خالفها: وإنما يسعه هذا ما دام حاضرًا عند الآمر، ولو أرسله ليفعل ذلك فخاف إن ظفر به أن يفعل به ما هدده به فلا يسعه فعل ذلك إلا أن يكون معه رسول الآمر، يخاف أن يرده إليه إن لم يفعل فيكون كالحاضر.

محمدٌ: إن رجا المكره الخلاص إن لم يفعل فلا يسعه الفعل كان معه رسولٌ أم لا، وإن لم يأمن نزول العقل به ويسعه أن يفعل كان معه رسول أم لا، وإن هدده على أن يأخذ مال مسلمٍ يدفعه له فأبى حتى قتله كان عندنا في سعةٍ، وإن أخذه كان في سعةٍ.

وفيها مع غيرها: من حفر بئرًا أو غيرها حيث لا يجوز له أو حيث يجوز له لما لا يجوز له؛ ضمن ما هلك بذلك.

الشَّيخ: روى محمد في ماله إلى الثلث ما بلغه على العاقلة.

محمد: ما هلك من عبد أو دابة أو غير الديات في ماله وتمامه في موجبات الجراح.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: فإن ألقاه فيه غير الحافر ضمنه دونه

تقديمًا للمباشر.

قُلتُ: وكذا نقله الطرطوشي في مسألة حل القفص الآتية، وعارضها ابن عبد السلام بتسوية سَحنون بين المكره غيره على أن يخرج له مال رجلٍ من بيته ويدفعه له، مع أن الآمر المكره متسببٌ والمأمور مباشرٌ.

وأجاب بأن التسبب بالإكراه أشد من التسبب بالحفر.

قُلتُ: الحق أنهما سواء في مسألة سَحنون مباشران معًا ضرورة مباشرة الآمر المكره أخذ المال من مخرجه واستقراره بيده، والآخذ من الغاصب العالم بالغصب غاصبٌ.

وقال المازري: في حل رباط زقٍّ مملوء زيتًا لرجلٍ، وأبقاه مستندًا كما وجده فأسقطه رجلٌ، فقال أصحاب الشافعي: لا ضمان على من حله سقط بفعل آدميٍّ أو ريحٍ وضمنوا من أسقطه غير قاصدٍ إتلاف ما فيه؛ لأنه المباشر إتلافه، وفيه نظرٌ، والأولى اشتراكهما في ضمانه إذا علم أنه لو سقط مربوطًا لم يذهب ما فيه، ولو بقي محلولًا لم يسقطه أحدٌ لم يذهب ما فيه؛ لأن التلف إنما حصل بمجموع فعليهما، ولو انفرد أحدهما لم يحصل فهما كرجلين أخرجا شيئًا ثقيلًا من حرزٍ، لو انفرد أحدهما به لم يقدر على إخراجه فإنهما يضمنانه معًا.

الصقلي: لابن حبيبٍ عن الأخوين: من جلس على ثوب رجلٍ في الصلاة فقام ربه، وهو تحت الجالس فتقطع لا ضمان على الجالس، لا يجد الناس من هذا بدًّا في صلاتهم.

قُلتُ: وأخذ من قولها ضمان موت فرس أحد المصطدمين في مال الآخر، وحده ضمان الجالس على الثوب وحده، وقاله بعض الموثقين من عند نفسه لا بالأخذ منها.

قُلتُ: والأظهر كونه منها كمحرمٍ حبس صيدًا لمحرم قتله.

وفي لقطتها: من فتح باب قفصٍ فيه طيرٌ فذهب الطير ضمن، ومن حل عبدًا من قيدٍ قيد به خوف إباقه فذهب العبد ضمن، ومن حل دواب من مرابطها فذهبت ضمنها كالسارق يدع باب الحانوت مفتوحًا، وليس فيه ربه فيذهب ما في الحانوت فالسارق يضمنه.

ومن فتح باب دارٍ فيها دواب فذهبت، فإن كانت الدار مسكونةً فيها أهلها لم يضمن، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان ربها فيها نائمًا لم يضمن، وكذا السارق يدع الباب مفتوحًا، وأهل الدار فيها نيامٌ لا يضمن ما ذهب بعد ذلك.

وسمع ابن القاسم في السرقة: من سرق ركاب دابةٍ واقفةٍ بباب المسجد عليها صبيٌّ قطع إن كان منتبهًا، وإن كان نائمًا فلا، كدابةٍ ليس معها أحدٌ.

فعارض ابن رُشْد جعله الصبي بنومه كالعدم بجعله في كتاب اللقطة رب الدار فيها نائمًا ككونه مستيقظًا في طرح الضمان عن تارك باب داره محلولًا.

وأجاب بأن ذلك جعله في مسألة القطع لدرء الحد بالشبهة، فلا يتخرج قولها في مسألة اللقطة لذلك، وأخذ من قولها ضمان موت أحد فرس المصطدمين في مال الآخر وحده ضمان الجالس على الثوب وحده، وقاله بعض الموثقين من عند نفسه لا بالأخذ منها ويشبه أن يتخرج قولها في مسألة اللقطة فيضمن تارك الباب مفتوحًا إن كان رب الدار نائمًا فيها، فجعله كالعدم كالصبي النائم على الدابة.

الصقلي عن أشهب: إن كانت الدواب مسرجةً في الدار ضمن، وإن كان أربابها بها، والقياس ضمانه، وإن كان أهلها فيها إن لم يعلموا بفتح الباب، وإنما أسقط ضمانه خوف أن يكون أربابها علموا فتحها.

وفي الموازيَّة: من دفع عبده لرجل وقال له قيده فتركه لم يقيده ضمنه، ولو قال له صب لي هذا الزيت في هذه الخابية إن كانت صحيحةً فصبه وهي مكسورةً ناسيا ضمن، ولو قال اجعل هذا الطير في القفص وأغلق عليه فترك بابه مفتوحًا نسيانًا لم يضمن.

الصقلي: هذا والأول سواءٌ، وهو اختلاف قول كالقولين في ضمان من أذن له في المشي بموضع فمشى على إناء كسره، وكذا مسألة الطير والصب في الجرة، وقد يفرق بأن الصب في الجرة شرطه كونها صحيحة، والفرق بين مسألة الطير والعبد، أن العبد دفعه له على أن يقيده، والطير لم يدفعه له، إنما قال أغلق عليه.

وفي حريم البئر منها: من أرسل في أرضه نارًا أو ماءً فوصل لأرض جاره فأفسد

زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقته فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن ذلك لقربها فهو ضامنٌ، وكذا الماء، وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها، ومثله للشيخ عن ابن القاسم في المجموعة.

المازري: وقولها من نصب شبكة لحرز غنمه من الذئب فمات بها إنسان ضمنه؛ معناه: أنه علم أنه لا يكاد يسلم من المرور عليها آدمي، وأجاب ابن رُشْد فيمن أسند جرة له بزيت لباب دار رجل ففتح رب الدار بابه فهلكت الجرة بذلك بقوله: (لا أذكر في ذلك نصًّا لأحد)، ويجري فيها على أصولهم قولان: تضمين رب الدار وعدمه وبه كنت أقضي.

قُلتُ: ونقل ابن سهل في مسألة إحداث فرن قرب فرن عن ابن أبي زعبل ما نصه: روى عن مالك في رجل وضع جرة من زيت حذاء باب رجل ففتح الرجل بابه ولا علم له بالجرة، وقد كان مباحًا له وغير ممنوع أن يفتح بابه، ويتصرف فيه فانكسرت الجرة فضمنه.

مالك: ليس هو في نفس مسألة ابن رُشْد؛ لأن قوله: (حذاء باب رجل) مع قوله أخيرًا: (أن يفتح بابه ويتصرف فيه) ظاهر في أن الجرة لم توضع على خشب الباب؛ بل بقربه؛ ولذا قال ابن رُشْد: لا أعرف فيها نصًّا فتأمله.

وفرق بعض الشُيُوخ بين: فتحه الباب المعهود فتحه فلا يضمن، وبين فتحه المعهود عدم فتحه فيضمن.

قُلتُ: ولا يتخرج على موت الصيد من رؤية المحرم؛ لأنه حق لله.

الشعبي: من أفتى بغرم ما لا يجب فقضى به غرمه، قاله أَصْبَغ بن خليل.

ومن طارت حصاة تحت حافر دابة هو ركبها فكسرت آنية، ففي ضمانه ذلك قولا الإشبيلي وابن زَرْب.

قُلتُ: وقال بعضهم بالأول إن طارت بطرد حافرها، وبالثاني: إن طارت من تحته.

وقول ابن الحاجب: ومن أتلف مغصوبًا ضمن.

ندرجُ تحت أقوال أهل المذهب قديمًا وحديثًا الخطأ في أموال الناس كالعمد.

وفيها: من سرق من سارق ما سرقه قطعًا معًا.

قال مع ابن شاس: ولو قدمه الغاصب لضيفه فأكله غير عالم ضمن.

قُلتُ: ظاهره أنه مبدى في ضمانه عن الغاصب، ومقتضى المذهب أنه كمن وهبه غاصب ما غصبه، ويأتي حكمه، ولا أعلم نفس هذه المسألة لغير ابن شاس من أهل المذهب.

قالا: ولو قدم الغاصب المغصوب للمغصوب منه فأكله برئ، وكذا لو أكرهه على أكله.

قُلتُ: أما أكله طوعًا فلا أعرفه لغيره، والجاري على المذهب أن لا يحاسب المغصوب من ذلك إلا بما يقضى به عليه، إن لو أطعمه من ماله مما ليس بسرف في حق الآكل، وأما أكله مكرهًا فهو كمن أكره رجلًا على إتلاف مالٍ، وقد تقدم وما أدري من أين نقلا هذين الفرعين.

المازري: في ضمان المتسبب في إتلافٍ بقولٍ كصيرفيٍّ يقول فيما علمه زائفًا طيبٌ، وكمخبرٍ من أراد صب زيتٍ في إناءٍ علمه مكسورًا أنه صحيحٌ، وكدالٍّ ظالم على مالٍ أخفاه ربه عنه عليه قولان، وعزاهما الشَّيخ للمتأخرين.

المازري: كقولي أشهب وابن القاسم في لزوم الجزاء على من يدل محرمًا على صيدٍ فقتله بدلالته، ولو شكا رجلٌ رجلًا لظالمٍ يعلم أنه يتجاوز الحق في المشكو ويغرمه مالًا، والمظلوم لا تباعة للشاكي عليه، في ضمان الشاكي ما غرمه المشكو قولان، وثالثها: لبعض أصحابنا لا ضمان عليه إن كان مظلومًا.

ابن رُشْد: ويجب على الغاصب رد المغصوب بعينه إن كان قائمًا، وإلا فمثله إن كان مثليًّا.

قُلتُ: ظاهره ولو كان عينًا رد وفي الجلاب: لو امتنع غاصب عين من ردها فرد مثلها، ففي جبر ربها على مثلها قولا ابن القاسم والأبهري قال: لاحتجاج ربها بسوء كسب الغاصب، وقول ابن القاسم: إنما أخذ له في البيع ولو خلط زيتًا بمثله ففي جبر ربه الغاصب على إعطائه منه، وتخييره فيه، وفي مثله من غيره نقل المازري عن أشهب

والشافعي.

قُلتُ: وهو الجاري على قولها في العين.

ابن رُشْد: والمثلي المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض، وقيمته إن لم يكن مثليًّا، وهو ما عداه.

قُلتُ: وحكى الباجي عن مالك قولةً بأن جميع المثليات مثلية كقول أبي حنيفة والشافعي.

المازري: في كذا في نسخ من المنتقى وأراه وهمًا.

قُلتُ: حكاه عنه ابن زرقون ولم يتعقبه ولا نقل كلام المازري مع أنه نقل في كتابه عنه في غير موضع.

قُلتُ: واللؤلؤ الصغير القدر جدًّا الذي لا يباع إلا وزنًا مثلي، وما فوقه مما هو عندي من ذوات القيم قال؛ ولذا قال في المكاتب: لا تجوز الكتابة على لؤلؤ غير موصوف لتفاوت الإحاطة بصفته؛ يريد: بصفة الوسط منه.

وفي الهبة للخمي: فيه كلام يذكر إن شاء الله تعالى.

اللخمي: غاصب الطعام يغرم مثله صفة وقدرًا إن لم يتغير سوقه، ويختلف إن غصبه في شدة ثم صار إلى رخاء هل يغرم مثله، أو قيمته على القول الذي يغرم أعلى القيم، وإن كان جزافًا جهل كيله غرم قيمته يوم غصبه، واختلف إن قال المغصوب منه: أغرمه من الكيل ما لا يشك أنه كان فيه، وأن له ذلك أحق.

قُلتُ: وانظر لو قال الغاصب: أغرم ما لا شك أنه يفي بالقدر المغصوب هل يقبل منه اتفاقًا أو يختلف فيه بعدم جبر المغصوب منه على أكل أكثر من حقه ولو فقد المثل حين طلبه فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله.

اللخمي: يريد أنه يصبر حتى يوجد.

أشهب: يخير الطالب في الصبر أو القيمة.

الصقلي عن ابن عبدوس: اختلفا في هذا كما اختلفا في السلم، في الفاكهة يفرغ إبانها، فالصبر حتى يأتي بالطعام من بلد آخر كالصبر حتى يأتي إبان الثمرة.

قال ابن القاسم: بالصبر فيهما.

وقال أشهب: يرد رأس ماله في السلم، ولا يجوز أن يؤجره وحيزه في الطعام هو فسخ دين في دين على أصله، فلا يجوز أن يؤخره بالطعام إذا كان له أخذه بالقيمة، وإنما ينظر فإن كان قرب الموضع الذي يوجد فيه مثل الطعام على يومين أو ثلاثة فليس له إلا مثل الطعام، وإن بعد فما عليه في تأخيره ضرر، واستهلكه في لجج بحر أو فيافي بعيدة من العراق غرم قيمته يوم استهلكه مثل الطعام، وإن بعد مما عليه في تأخيره ضرر يأخذه بها حيث لقيه.

ويجاب عن مناقضة أشهب بأن المغصوب منه ظلم يتقدم غصبه، فلو جبر على التأخير عظم ضرره، والمسلم لم يتقدم ظلمه بحال؛ بل هو كالمختار في تراخيه بطلبه.

وفيمن لقي من غصبه طعامًا بغير بلد غصبه والطعام معه، ففي كون الواجب مثله في بلد غصبه، وتخييره في أخذه أو مثله بالبلد، ثالثها: إن لقيه ببلد بعيد عن بلد غصبه فالأول وإلا فالثاني لابن رُشْد عن ابن القاسم مع سماعه وسماع أَصْبَغ أشهب وقوله.

اللخمي: أرى له أخذ الطعام إن كان الغاصب مستغرق الذمة، أو لم يكن سعره في بلد الغصب أقل منه في بلد النقل، أو قال ربه: ادفع الأقل من نقله وزيادة سوقه.

قُلتُ: قال الشَّيخ عن أشهب في المجموعة ومحمد: يحال بين الغاصب، وبين ما نقل حتى يوفى المغصوب حقه.

قال سَحنون: لا أعرف قول أشهب هذا من قول الرواة أن يأخذ الطعام وإنما له أخذه بمثله في موضع غصبه، وكذا لأَصْبَغ عن أشهب في العتبيَّة، وذكر الصقلي قول أَصْبَغ بلفظ: ويتوثق لرب الطعام، وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: لا خلاف أن الغاصب يمنع منه حتى يتوثق منه.

قال ابن عبد السلام: هذا صحيح في النظر، ولا يبعد وجود الخلاف فيه أو ما يدل عليه في فروعهم، وأظن أني وقفت على ما يقتضي ذلك.

قُلتُ: قوله: (وجود الخلاف فيه) يقتضي وجود القول عنده بأنه لا يحال بينه وبينه مع عدم التوثق منه، وهذا خلاف الإجماع على منع الحكام من الحكم بما يقتضي تضييع

الأموال على أربابها فتأمله.

الشَّيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم: لو اتفقا على أن يأخذ منه فيه ثمنًا نقدًا جاز كبيع طعام القرض قبل قبضه، وقاله أَصْبَغ، وروى ابن القاسم في المجموعة وفي العتبيَّة: لا يجوز أخذه منه طعامًا يخالفه في جنس أو صفة؛ لأنه طعام بطعام مؤخر.

الصقلي عن ابن القاسم: لو اتفقا على أخذه بقيمته، أو مثله حيث نقله، أو يأخذ فيه ثمنًا جاز كبيع طعام القرض قبل قبضه، وقاله أَصْبَغ.

قُلتُ: نحوه للشيخ، وزاد من ابتاع طعامًا في بيت أو مطمر ببلد فلا خير في أخذه مثله ببلد آخر؛ لأنه طعام بطعام مؤخر، ولو نقله البائع إلى بلد فتراضيا بأخذه بها جاز، وقد ضمنه بنقله، وقال غيره: لا بأس به في الوجهين؛ لأن الأول معروف.

قُلتُ: قوله: (ولو نقله... إلخ) مثله سمع سَحنون.

ابن رُشْد قوله: (وقال غيره: لا بأس به) هو عبد العزيز ابن أبي سلمة، والأول أظهر؛ لأن الطعام إذا تلف انتقض البيع، ولو حمل البائع جميع الطعام الذي باع منه المائة إلى بلد جاز أخذ ما اشترى منه حيث نقله، وقيل: يخير في أخذه وفي أخذ ثمنه، وهو أظهر من قول ابن القاسم في المدَوَّنة، إذ لم ير له في ذلك خيارًا إذا استهلك البائع الطعام أو باعه؛ لأنه بيع الخيار في ذلك خوف أن يكون البائع غاب عن الطعام ولم يستهلكه، وهذه تيقن فيها حمل الطعام.

ولو لقي المغصوب منه الغاصب بغير بلد الغصب، والطعام ببلد الغصب، فاللخمي عن ابن القاسم: يصبر لقدومه بلد الغصب ليغرم مثله، وعند أشهب: يغرمه مثله إن لم يكن سعره ببلد الغصب أكثر منه حيث لقيه، أو قيمته الآن ببلد الغصب إن بعد ما بين البلدين كقوله: إن كان معه ببلد الغصب وتعذر وجود المثل ورجي وجوده بعد، وأن يكون له ذلك في المسألتين معًا أحسن؛ لأنه لا ضرر فيه على الغاصب وللمغصوب منه حق في استعجال حقه.

وفي غير الطعام طريقان. ابن رُشْد: في كون نقله من بلد لآخر فوتًا فيخير ربه في أخذه وأخذ قيمته يوم الغصب أو غير فوت فليس لربه إلا أخذه، ثالثها: هو في

العروض والرقيق فوت لا في الحيوان، غيره لأَصْبَغ مع ظاهر سماع أشهب، وسَحنون وسماع ابن القاسم.

والباجي: روى ابن القاسم: ليس له إلا أخذ العبيد والدواب، ويخير في البز والعروض في أخذها بعينها وقيمتها يوم الغصب.

أشهب: يخير في الحيوان كالعروض.

سَحنون: البز والرقيق سواء ليس له إلا أخذه.

ابن زرقون: لابن القاسم في الموازيَّة قول رابع هو أخذ القيمة الآن.

اللخمي: يريد: ولا يأخذ غير المغصوب.

اللخمي: إن نقل العرض أو الحيوان ولقيه ربه ببلد نقله، ففي لزوم قيمته فلا يأخذه، وتخييره فيه.

وفي قيمته قولا ابن القاسم ومحمد: قائلا: تفرقة البلدان البعيدة كتغير الأبدان مع أشهب، وقال سَحنون: ليس له إلا عين شيئه في البز والرقيق، وروى ابن عبدوس: ليس له إلا عين شيئه في العبيد والدواب.

اللخمي: ما لا حمل له والطريق آمنة، القول فيه قول من دعا لأخذه، وإلا لم يجبر ربه على أخذه، وله أخذه دون غرم نقله على قول أشهب، وعلى قول ابن القاسم بعد غرمه أجر نقله.

ومعروف المذهب أن ليس لربه جبر الغاصب على رده لبلد الغصب، وللمغيرة: لمن نقلت خشبته من عدن إلى جدة تعديًا بمائة دينار، جبر ناقلها لمحلها.

قال: ولابن القاسم: إن أخطأ مستأجر على حمل شيء لبلد يحمله غيره إليه، خير ربه في قيمته بالبلد الذي نقل منه، وأخذه بغرم كرائه.

أشهب: وأخذه دون غرم.

أَصْبَغ: لربه جبره على رده لمأمنه أو أخذه مجانًا، إلا أن يعلم أن ربه كان راغبًا في وصوله فيلزمه كراء المثل.

وأجاب ابن رُشْد: فيمن أكرى ملاحًا على حمل تين من إشبيلية إلى سبتة فحمله إلى

سلا، يغرم الملاح مثل التين بإشبيلية وحمله إلى سبتة، فقيل له: أفتى غيرك بوجوب رده الملاح إلى سبتة وهو في ضمانه حتى يصل إليها، فقال: ذكر هذا ابن حبيب، وما قلته هو قول ابن القاسم.

ومن غصب حليًّا فاستهلكه ففي غرم وجوب غرم قيمته أو مثله قولها، ونقل الصقلي عن أشهب كقولي ابن القاسم وغيره في الغزل في تضمين الصناع منها بناء على اعتبار الصنعة أو الأصل، ولو كسرهما ففي وجوب ما نقصهما أو قيمتهما، ثالثها: قيمة الصياغة، ورابعها: صوغهما للخمي عن ابن القاسم وعما رجع إليه، وعن قولها في كتاب الغصب ورواية أشهب.

قُلتُ: عزاه الشَّيخ لأشهب لا لروايته.

وفي كون الواجب في هدم البناء قيمته أو مثله قول استحقاقها، ونقل الشَّيخ مع الباجي عن أشهب، وعلى الأول قال المازري: خير شيخنا رب البناء في أخذ قيمة الجدار قائمًا على بقاء النقض للهادم أو قيمة التلفيق وهو قيمة ما أتلف على بقاء النقض لرب البناء، وهذا على أصل ابن القاسم أن لمن ملك تضمين الغاصب قيمة جملة ما غصب لنقض حدث فيه أنه إن اختار أخذ شيئه فله طلبه ما نقص على بقاء النقص البناء وهذا على أصل ابن القاسم طلب ما نقص.

اللخمي: في الموازيَّة لو أعاد الغاصب الحلي بعد كسره على غير صفته فعليه قيمته، وعلى صفته يأخذه ربه مجانًا هذا قولها.

محمد: لا شيء له إلا قيمته ولو أعادهما بحاله؛ لأن الغاصب ضمن القيمة، ولو لم يكن غاصبًا إلا متعديًا لكان له أخذه إن صاغه على حاله مجانًا ولو أعاده بعد كسره من اشتراه من غاصب لم يأخذه ربه إلا بدفعه للمشتري في قيمة الصياغة إذ لم يتعد بالكسر.

قُلتُ: واختصر ابن الحاجب فقال: لو اشتراه غير عالم بغصبه فكسره، ورده على حاله لم يأخذه ربه، إلا بقيمة صياغته إذ لم يتعد.

قال ابن عبد السلام: هذا المنصوص في هذا الفرع بعينه وفي الدار يهدمها، بخلاف الشاة يذبحها، والثوب يقطعه، والعصا يكسرها، وشبهه وهو مشكل.

وأصل المذهب أن كل ما أتلفه المشتري متعمدًا ضمنه سواء انتفع به أو لم ينتفع به، وما تلف بأمر الله لم يضمنه، وفيما أتلفه خطأ قولان أشهرهما ضمانه.

قُلتُ: قوله: (وهو مشكل... إلخ) ظاهره أنه المبتدئ يذكر إشكاله؛ ولذا لم يذكر له جوابًا.

ويردُّ بنقل الشَّيخ في نوادره ما نصه: والجناية الكثيرة كذبح الشاة وكسر العصا وشق الثوب.

قال محمد: وكذا المشتري يقطع الثوب لمستحقه تضمينه جميع قيمته، وقاله مالك.

وفرق بينه وبين هدم الدار، وكسر الحلي؛ لأن هذا تمكن إعادته، ولا يمكن ذلك في الثوب ونقله الصقلي، وزاد: وهذه مسائل أتبع فيها النص إذا لم أجد خلافه، ولو قال قائل: أن الهدم والذبح وكسر الحلي وركوب الدابة وبعث العبد سواء لم أعبه ولكان قياسًا؛ لأنه مال تبين أنه للغير، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وهدم الدار أشد من الذبح، لا تعاد الدار لما كانت عليه، إلا بمثل قيمتها صحيحة أو أكثر، وقد يشترى بثمن الشاة مذبوحة مثلها حية، وقوله: (هذه تعود وهذه لا تعود) ضعيف، ونحوه قول اللخمي: فرق محمد ضعيف، وعلله بمثل ما تقدم.

ابن الحارث: فيمن غصب قمحًا فطحنه أن لربه تضمينه مثله، ثم اختلف فقال ابن القاسم: إنما له المثل، وقال أشهب: له أخذ دقيقه مجانا؛ لأن الذي صار للغاصب فيه لا يقدر على انتزاعه منه فهو كالتزين، ومثله قول المازري: إنما الخلاف في تمكين رب القمح من أخذ عين الدقيق، ولو أراد تضمين الغاصب مكيلة القمح لم يضمن من ذلك عند ابن القاسم وأشهب.

المازري: وذكرنا اختلاف قول مالك: إذا غضبه قمحًا فطحنه.

الباجي: اتفق ابن القاسم وأشهب على أنه لو طحن الحنطة سويقًا ولته أن ليس لربه أخذها ذلك، ويباع السويق في عدم الغاصب، ويشترى بثمنه مثل الحنطة وما فضل أو نقص للغاصب وعليه.

ابن زرقون: لو تراضيا فأخذه ملتوتًا عن الحنطة جاز؛ لجواز بيع الحنطة بالسويق

متفاضلًا، ولو غصبه سويقًا فلته فإنما له مثله؛ لأن لته لا يبيح التفاضل.

الباجي: لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: لرب الحنطة أخذها إن طحنها سويقًا أو يضمنه مثلها، ولا حجة للغاصب لما روى: **«ليس لعرق ظالم حق»**.

ابن زرقون: يريد: طحنه سويقًا، ولم يلته وهو مثل قول أشهب.

قُلتُ: طحنه سويقًا يبيح التفاضل بينه وبين القمح حسبما تقدم في البيوع، وهو نص سلمها الثالث، فلا فرق بين لته وعدمه، وقول أشهب في طحن القمح إنما قاله؛ لأن الدقيق والقمح جنس واحد فتأمله.

وفي التعقيب لعبد الحق: قال أبو سعيد: ومن سرق حنطة فطحنها سويقًا، ولتها ثم قطع ولا مال له غير ذلك، فأبى رب الحنطة أخذ السويق فهو مثل ما وصفنا، يباع السويق ويشترى له من ثمنه مثل حنطته.

قال عبد الحق: وقع في نقل أبي سعيد فأبى رب الحنطة أخذ السويق، فهذا يوهم أن له أخذها وليس له ذلك بالحكم وكذا قيمة اللتات أو لا، إلا أن يتفق هو والسارق على ذلك فيجوز.

وأما في لفظ الأمهات: وقال رب الحنطة أنا آخذ هذا السويق، قال: هو مثل ما وصفت لك، يباع ويعطى حنطة مثل حنطته تشترى له من ثمن السويق.

ومن غصب غزلًا فنسجه ففي وجوب غرمه مثله، أو قيمته يوم استهلكه نقلا الباجي عن أشهب وابن القاسم في الموازيَّة.

قُلتُ: هما قولا المغيرة وابن القاسم في تضمين الصناع منها، كالقولين في هدم الحائط.

[باب في المغصوب]

والمغصوب الباقي بحاله غير متغير في سوقه ولم يطل زمانه ليس لربه غيره.

اللخمي: وغيره اتفاقًا، فإن هلك ففي وجوب قيمته يوم الغصب، أو أعلى قيمة مضت عليه من يومه، معروف المذهب وابن شعبان عن ابن وَهْب، وأشهب وعبد الملك قال: لأن عليه رده كل وقتٍ فمتى لم يرده فهو كغصبه حينئذ.

اللخمي: فجعل له أرفع القيمة مع وجود عينه وعدمه، وأراه كذلك إن كان المغصوب للتجر لا للقنية كقول الأخوين وابن عبد الحكم، وأَصْبَغ فيمن غصب دارًا فأغلقها أو أرضًا فبورها أو دابةً فوقفها يغرم إجارتها لمنعه ربها إياها.

ولو قتل المغصوب أجنبي فلربه أخذ الغاصب بغصبه أو القاتل بقيمته يوم القتل، فإن أخذه بها وهي أقل منها يوم الغصب، ففي صحة رجوعه بتمامها يومه.

نقلا الصقلي عن محمد وسَحنون قائلًا: كما لو باعه الغاصب وأخذ ربه ثمنه، وهو أقل من قيمته يومه.

ورده الصقلي بأن أخذه الثمن إجازةٌ لبيع الغاصب بخلاف القيمة في القتل، ولو أخذ قيمته يوم الغصب، وهي أقل منها يوم القتل، ففي كون فضل القيمة يوم القتل للغاصب أو لربه، نقلاه عن محمد وأشهب قائلًا: لا يربح الغاصب.

ورده محمد بأنه لم ضمنه قيمته يوم الغصب تمليكٌ له.

محمد: ولم يختلف ابن القاسم وأشهب أن أخذ القيمة من القاتل أنه يرجع بتمامها يوم الغصب على الغاصب كما ذكرنا.

أبو عمران: وخالف ابن القاسم أشهب إن أخذ القيمة من الغاصب.

قال أشهب: يرجع بتمام القيمة يوم القتل على القاتل إن كانت أكثر، وخالفه ابن القاسم في هذا.

الصقلي: وعليه ألزم بعض القرويين ابن القاسم، أنه لو كان الغاصب عديمًا لم يكن المغصوب منه أحق بها أخذ من القاتل من غرماء الغاصب؛ لأنه بالنيابة عنه أخذه إلا

أن يرفع عن الغاصب طلبه بتمام القيمة.

اللخمي: ولابن القاسم أيضًا في تعدي الوكيل كأشهب.

ابن الحاجب: إن كان ما أخذ ربه أقل مما يجب له على الآخر، فثالثها: المشهور يأخذ الزائد من الغاصب لا من الجاني.

قُلتُ: عزا الشَّيخ في النوادر: عدم أخذ الزائد مطلقًا لسَحنون، والأخذ مطلقًا لأشهب، وما جعله ابن الحاجب المشهور لمحمدٍ.

الشَّيخ: سمع ابن القاسم من سرق سلعةً فأعطاه فيها غير واحد ثمنًا، ثم استهلكها رجل ضمن ما كان أعطي فيها، لا ينظر إلى قيمتها إن كان عطاءً تواطأ عليه الناس ولو شاء أن يبيع باع.

وقال سَحنون: لا يضمن إلا قيمتها، وقال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة أو الثمن.

ابن رُشْد: قول مالكٍ ولا ينظر إلى قيمتها؛ معناه: إلا أن تكون القيمة أكثر من ذلك فتكون له القيمة، وهو نص قول مالكٍ في سماع عيسى من كتاب العتق مثل قول عيسى من رأيه أن لهه الأكثر، فقوله مفسرٌ لقول مالك، فالمسألة راجعة إلى قولي الأكثر وقول سَحنون.

ابن حارث: اتفقوا إذا غصبه عبدًا أو جاريةً ثم لقيه بها بموضع آخر أنه ليس له إلا أخذ ذلك بعينه، ولا تجب له قيمته ولا أن يأخذه برده إلى موضعه.

قال ابن الحاجب: فلو وجد الغاصب خاصةً فله تضمينه، فقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وزاد: قاله سَحنون في المجموعة.

قُلتُ: وقال اللخمي: إن لقي المغصوب منه الغاصب بغير البلد الذي غصبه فيه فأراد أن يغرمه المثل أو القيمة لم يكن له ذلك عند ابن القاسم، وعليه أن يصبر حتى يقدم البلد الأول وله ذلك عند أشهب إلى آخر كلامه المتقدم نقله في حمل الطعام.

ومثله قول المازري: ولو أبقى الغاصب الطعام ببلد الغصب، ثم سافر فلقيه ربه فطلبه حيث لقيه، فقال ابن القاسم: لا يقضى عليه حيث هو بالطعام، إنما يقضى عليه

بدفع الطعام أو مثله بالبلد الذي قبضه فيه.

وما عزاه ابن هارون لسَحنون في المجموعة لم أجده له في النوادر ولا غيرها، وإنما له في المجموعة ما نصه: وليس بمنزلته أن لو لقيه ربه وقد عاد إلى بلده والمتاع بالبلد الذي نقله إليه، هذا له تضمينه قيمته؛ لأنه حال بينه وبينه.

قُلتُ: وهذا خلاف مسألة لقائه بغير بلد الغصب، والغاصب لم يحدث به نقلًا؛ لأن نقله كإتلافه، وإذا لم ينقله صار بضمانه إياه بمجرد غصبه كمدين به في ذمته مشروطًا عليه دفعه ببلدٍ معينٍ فلقيه ربه بعد حلول أجله بغير بلد قبضه، فالواجب عليه خروجه لدفعه له ببلد شرط قبضه أو توكيله على ذلك ثقة غيره.

وفيها: وما اغتصب أو سرق من دوابٍ أو رقيقٍ فاستعملها، وطال مكثها بيده أو أكراها فلا شيء عليه في ذلك إنما لربها عين شيئه، وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت بحالها لم تتغير في بدن ولا ينظر لتغير سوقٍ، وأما المكتري أو المستعير يتعدى المسافة تعديًا بعيدًا أو يحبسها أيامًا كثيرةً ولم يركبها ويردها بحالها، فلربها أخذ قيمتها يوم التعدي، أو أخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة، وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول، ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق كراء ركوبه إياها وضمنته قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ولكني آخذ فيها بقول مالك، وقد قال جل الناس الغاصب والسارق والمكتري والمستعير سواءٌ لا كراء عليهم، وليس عليهم إلا القيمة أو يأخذ دابته.

فقال ابن رُشْد في أول مسألة من نوازل عيسى: أما العبيد والدواب فلا يلزم الغاصب قيمتهم إلا بدخول نقصان في أبدانها، هذا قول ابن القاسم وفيه اختلافٌ كثيرٌ.

قيل: حوالة الأسواق بالنقص فوتٌ يوجب قيمتها يوم الغصب، وقيل: طول الزمان، وإن لم تحل بنقصٍ أو حالت بزيادةٍ فوتٌ، وإليه نحا ابن القاسم بقوله: ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق والغاصب ما على المستعير والمكتري من ضمان القيمة بحبسه عن أسواقها، وقيل: إن حالت بزيادة فلربها تضمينه أرفع قيمتها، قاله ابن وَهْب

وأشهب، وقاله بعض المتأخرين إن كانت للتجارة، وإن كانت للقنية فليس لربها إلا أخذها.

ولابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ: إن سافر غاصب الدابة بها سفرًا بعيدًا، ثم ردها بحالها فربها مخير في تضمينه قيمتها يوم الغصب، وأخذها مع كراء ركوبه إياها، ومثله حكى أبو زيد عن ابن الماجِشُون، وزاد: وإنما هو كالمكتري يتعدى على ما اكترى، فحيث يلزم المكتري القيمة تلزم الغاصب أمرهما واحد.

ولو أمسكها الغاصب في داره أيامًا كثيرة قدر ما لو سافر بها لزمته قيمتها، لم يلزمه قيمتها إن جاء بها صحيحةً من غير سفر، وإن كان حبسها عن أسواقها وتفرقة ابن الماجِشُون هذه في حبسها عن أسواقها، وأتى بها بحالها بين أن يسافر عليها أو لا قول خامس في المسألة.

قُلتُ: فالحاصل في قولها بمجرد طول حبسها أو به مع حوالة الأسواق، ثالثها: إن سافر بها وردها بحالها لا لطول حبسها دون سفر بها لنقلي ابن رُشْد مع زعمه ميل ابن القاسم للأول وابن الماجِشُون.

وفي كون طول الحبس في المكتري والمستعير فوتًا قولها، وميل ابن القاسم لمساواتها الغاصب، ولا أعرف فيهما نص القول بعدم التضمين بطول الحبس؛ بل بالتخريج من مساواتها الغاصب مع القول فيه بعدم الفوت بطول الحبس، ومقتضى قول ابن الحاجب: لو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزم سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير، وفي الجميع قولان وجودهما فيهما نصًّا، وقبله شارحاه، وتقدم في البيوع بيع المغصوب من حيث كونه مغصوبًا، وأما بيعه من غاصبه بعد نقله من بلد غصبه والغاصب بغير بلده، ففي صرفها لو غصبت جارية فانطلقت بها لبعض البلدان فأتيت ربها أيجوز إن ابتاعها.

قال: نعم إذا وصفها؛ لأنه ضامنٌ لما أصابها.

الصقلي عن سَحنون: لا يجوز له بيعها؛ لأنه لا يدري باع منه الجارية أو القيمة، فإن اختار تضمينه القيمة يوم الغصب كان له بيعها بما يجوز له بيعها وينتقد ابن محرز،

وهو كقول أشهب، وفي قول ابن القاسم وسَحنون في مسألة الجارية نظرٌ؛ لأنه تقدم لابن رُشْد وغيره أن قول سَحنون في نقل الرقيق: ليس لربه إلا أخذه، وذلك مناقض لقوله في مسألة الجارية: له اختياره تضمينه القيمة، وتقدم للخمي عن ابن القاسم في نقل الحيوان: لزوم قيمته، وهذا مناقض لقوله في الجارية: يجوز بيعها، وقول أشهب جار على أصله في النقل.

قال ابن الحاجب: وفيها لو نقل الجارية لبلدٍ، ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز، وقال أشهب: بشرط أن يعرف القيمة ويبذل ما يجوز فيها بناء على أصلي السلامة ووجوب القيمة.

قُلتُ: إجراء القولين على الأصلين المذكورين واضحٌ إذا اعتبر القولان من حيث ذاتيهما لا من حيث قائليهما وإجراؤهما على ذلك من حيث قائلهما مشكلٌ؛ لأن الأول عزاه ابن عبد السلام، وابن القاسم في نقل الحيوان يقول الواجب فيه القيمة ووجوب القيمة لا يتأتى أن يجري عليها اعتبار أصل المسألة، وإنما يتأتى اعتبار أصل السلامة على القول في النقل، فإن الواجب فيه للمغصوب منه أخذ شيئه، وهذا إنما هو قول سَحنون حسبما تقدم للخمي، والثاني: عزاه المؤلف لأشهب.

وقوله في نقل المغصوب: إن ربه مخير في أخذه أو قيمته، ولم يقل بوجوب القيمة إلا ابن القاسم حسبما تقدم للخمي.

وإذا حكم بقيمة المغصوب لظن فوته، ثم وجد بصفة ما قوم عليه، ولم يدلس الغاصب بإخفائه، فالروايات والأقوال واضحةٌ بلزوم ذلك لربه، ولم يحك المازري عن المذهب ولا غيره ممن تقدمه غيره، وخرجه بأن القيمة عوضٌ عن نفس المغصوب، وعن الشافعي أنه يقضى لرب المغصوب بأخذه، ووجهه بأنه بناء على أن المأخوذ من الغاصب إنما هو عوضٌ عن حيلولته بين المغصوب وربه.

ولما ذكر ابن شاسٍ الأول قال: ولربه الرجوع فيه ولم يعزه، وعزاه اللخمي لابن القاسم في المبسوط وصوبه قال: ويحمل على أنه أخفاه؛ لأنه علم رغبته فيه.

قُلتُ: ويتخرج عندي من قولها في كتاب الجعل من الإجارة: وإن انقطع ماء

الرحى فهو عذر تنفسخ به الإجارة، فإن عاد الماء في بقية المدة لزمه باقيها.

وإن دلس الغاصب بإخفائها ففيها: لربه أخذه وإن لم يدلس، وظهر أفضل من الصفة التي قوم عليها فلربه الرجوع بتمام القيمة.

الشَّيخ: وقاله أشهب.

قال: ويحلف أنه ما أخفاها، وقال: من قال له أخذها أخطأ؛ لأنها لو ظهرت مثل الصفة لم يأخذها؛ لأنه لم يتبعها طائعًا، إنما وجبت للغاصب بالقيمة حين أخذه ربها؛ فإنما تطلبه بما جحدك من قيمتها؛ لأنه لو نكل عن اليمين في صفتها وحلفت على صفتك، ثم ظهرت بخلاف ذلك كنت ظلمته في القيمة، فيرجع عليك بما حسبت عليه، ولو لم يكن له رد الجارية عليك.

قُلتُ: فمقتضى تعبير المازري عن قول أشهب، وابن القاسم بالمشهور أن ما أنكره أشهب هو في المذهب.

عياض: وفي بعض رواياتها لرب الجارية أخذها ورد ما أخذ، وإن شاء تركها وحبس ما أخذ من القيمة، قيل: هذا قول مالك قال: هذا رأيي، وكذا لابن عتاب وعلم عليه.

قال ابن وضاح: قال سَحنون: لا أعرفه يقول هذا وتركه ولم يعرضه.

قال يحيى بن عمر لأَصْبَغ وأبي زيد عن ابن القاسم: لربها رد ما أخذ وأخذ جاريته.

قُلتُ: ففي انحصار حقه في تمام قيمتها وتخييره فيه وأخذها برد ما أخذ، ثالثها: في أخذها وفي التماسك بما أخذ فقط لها، ولما أنكره أشهب وبعض روايتها، ومقابل لفظ المازري المشهور يحتملها.

قُلتُ: وكان يمضي لنا إجراء القولين على القول بعدم التكفير في نفي الصفات بناء على أن نفي الصفة الثابتة للموصوف لا يستلزم القول بنفيه، وعلى القول بالتكفير به بناء على أن نفي الصفة الثابتة للموصوف يستلزم القول بنفيه.

وسمع ابن القاسم: من انتهب صرةً من رجل بمنظر من الناس فطرحها حيث

فقدت، ولم يدر المنتهب ما فيها، واختلف في عددها فاليمين على المنتهب.

وقال ابن مُطَرِّف وابن كنانة في هذا وشبهه: القول قول ربها إن ادعى ما يشبه وما يملك مثله.

ابن رُشْد: القول قول المنتهب أنه ليس فيها أكثر من كذا، إن حقق أنه لم يكن فيها أكثر من ذلك وأتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه قبل قول ربها إن أتى بما يشبه، وإلا فليس له إلا ما أقر به المنتهب، وإن أتى ربها على قول ابن كنانة بما يشبه قبل قول المنتهب إن أتى بما يشبه وإلا سجن، فإن طال سجنه استحلف على ذلك.

وأخذ منه اللخمي إن قال: غصبتني هذا العبد، وقال الغاصب: بل هذا، واختلفا في الصفة فقط، قبل قول الغاصب إن أتى بما يشبه، وإن قال: ما لا يشبه ففي لغو قوله وقبوله قولا ابن القاسم، وقول أشهب فيمن غصب جاريةً، وقال: كانت صماء عمياء قبل قوله.

اللخمي: ولو أنكر الغصب وقامت بينةٌ بإقراره أو رؤية البينة غصبه عبدًا لم تثبت صفته، ففي استحقاق ربه بيمينه ما ادعاه من صفته أو الوسط منها قولان، والأول أصوب.

والمذهب أن الولد ليس بغلة خلافًا للسيوري، وتقدم في الرد بالعيب، وعليه من غصب أمةً فولدت عنده ففي ضمانه الولد بموته يوم ولد ولغوه. نقلا اللخمي عن أشهب وابن القاسم، وخرج اللخمي: ضمانه بأعلى قيمة على ضمان المغصوب كذلك، فلو ماتت الأم فقول ابن القاسم: يضمنها فقط، وعلى قول أشهب: وقيمة الولد يوم ولد، وقول ابن القاسم أحسن على أن قيمتها يوم الغصب، وإن ماتت الأم فقط خير عند ابن القاسم في قيمة الأم فقط أو الولد فقط؛ لأن الولد كبعضها، أما أخذه أو قيمتها وعلى قول أشهب له أخذ الولد وقيمتها يوم الغصب.

والقياس أن له أخذ قيمتها يوم ماتت، وأخذ الولد وله أخذ أرفع قيمتها بعد الولادة، ولو قتل أحدهما فعلى قول ابن القاسم يأخذ قيمته يوم قتل مع الآخر، وعلى قول أشهب: إن قتل الولد أخذ قيمة الأم وقيمته يوم ولد، وإن قتلت الأم أخذ الولد

وقيمتها يوم الغصب، وإن قتلها فعلى قول ابن القاسم فيها يأخذ قيمة الأم فقط، وعلى قوله في الدمياطية: يأخذ قيمتها يوم قتلها، وعلى قول أشهب يأخذ قيمة الأم يوم الغصب، وقيمة الولد يوم ولد.

وعلى ما حكى ابن شعبان عنه له أخذ قيمته يوم القتل إن كانت أرفع، وإن قتل أحدهما ومات الآخر فعند ابن القاسم في الأم قيمتها يوم غصبت ماتت أو قتلت، ولا شيء في الولد ولو قتل، وعلى قوله في غير المَدَوَّنة له أخذ قيمة الأم يوم قتلت، ولا شيء في الولد؛ لأنه مات، وإن ماتت الأم فالقيمة فيها عنده يوم الغصب ولا شيء في الولد؛ لأنه متى كانت القيمة عنده يوم الغصب لم يكن في الولد شيء.

هذا على أصله في المَدَوَّنة، وعلى قوله في الدمياطية له أخذ قيمة الولد يوم قتل وفيما مضى دليل الوجوب، لو ولدت عند مشتر أو موهوب له من زنى ووجدهما قائمين، أو ماتا أو أحدهما، أو قتلا أو أحدهما، أو قتل أحدهما ومات الآخر والقتل من المشتري أو الموهوب له أو من غيرهما.

قُلتُ: رد بعضهم تخريجه أعلى القيم بأن الولد رهنًا.

قيل: إنه غلة فيمكن أن يراعى هذا الخلاف فتسقط زيادة القيم.

يرد بأن رعيه هنا يوجب لغو مطلق قيمته والفرض اعتبارها، وهو مع رعي كونه غلة متناف، وشرط رعي الخلاف عدمه حسبما تقدم الكلام عليه في الأنكحة، وإن عاب المغصوب بسماوي تخير ربه في أخذه كذلك أو أخذ قيمته.

فيها: إن غصب أمةً فعميت أو عورت أو ذهبت يدها بأمر من الله من غير سبب الغاصب، فليس لربها أخذها وما نقصها إنما له أخذها ناقصة أو أخذ قيمتها.

اللخمي: وعلى قول سَحنون له أن يأخذه بقيمة النقص يوم الغصب؛ لأنه قال: القيمة في قطع يد العبد يوم الغصب وإن لم يأخذه بالتعدي وهو يوم جنى، وكان الحكم عنده يوم الغصب تساوي في ذلك ما كان من سبب الغاصب وغيره وهو أبين؛ لأنه يضمنه إن هلك من غير فعله فكذا إذا هلك بعضه، وتبع ابن رُشْد في المقدمات اللخمي في هذا التخريج.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن ذهبت يد العبد المغصوب بأمر من السماء فلا شيء لربه، إلا قيمته أو أخذه مقطوعًا، ولا شيء على الغاصب، لا اختلاف فيه من قول ابن القاسم.

ويضمن الغاصب المغصوب بالعيب الكثير اتفاقًا، وفي ضمانه باليسير نقل اللخمي.

قال ابن القاسم: يضمن، وفي الموازيَّة: من غصب دارًا فانهدم بعضها خير ربها في إسلامه ما خرب بأصله وأخذ قيمته أو أخذه بلا نقص، وإن انهدم أكثرها فله إسلام العرصة يأخذ قيمتها مبنية وحبسها كلها بلا نقص ففرق بين الكثير والقليل، وعند ابن الجلاب مثله لا يضمن باليسير وهو أبين، ولا فرق بين الغصب والتعدي.

والفرق بأن الغاصب كان ضامنًا للرقبة بالغيبة عليها لا يصح؛ لأنه لا يضمن بها في الحقيقة، إنما هو مترقبٌ إن سلم لم يكن للمغصوب منه سوى عين شيئه.

ولابن القاسم من خرج بعبد إلى بلد تعديا ضمنه إن هلك، وإن حدث به يسير عيبٍ ضمن ما نقص فلم يضمنه باليسير، وإن كان ضامنًا للرقبة.

قُلتُ: ضمانه للرقبة بتعديه بالسفر ليس كضمانه الرقبة بالغصب؛ لأن الغاصب يضمن الرقبة ولو هلكت بسماوي غير ناشئٍ عن فعله، والمتعدي ليس كذلك حسبما نقلناه في العارية فتذكره.

وتعقب المازري تخريج اللخمي بما في الموازيَّة فقال: فيه نظر؛ لأنه يمكن أن يكون رأى بيوت الدار كأنها سلعٌ متفرقة، فإن انهدم بيت وسلم سائرها صار كمن غصب ثيابًا، فلحق بعضها عيبٌ وسلم باقيها فإنه لا يضمن السالم منها.

وتعقب ابن عبد السلام رد المازري بقوله: في هذا الرد عندي نظرٌ؛ لأنه لو راعى محمد هذا لما فرق بين انهدام جل الدار وما هو دون ذلك.

قُلتُ: يجاب للمازري بأنه إنما شبهها بالثياب وقرر احتمال اعتبار محمد ذلك حيث لا يكون هدم ما انهدم منها يوجب عيبًا في باقيها وهو حيث كون المهدوم يسيرًا، وأما إن كان كثيرًا فلا يتقرر شبهها بالثياب؛ لأن هدم كثيرها يعيب باقيها فيصير الهدم كأنه

عامٌ فيها، ويؤيد هذا تفرقتهم في استحقاق بعضها بين اليسير والكثير.

وفيها: لو قطع يد الجارية أجنبيٌّ لم يكن لربها أخذ الغاصب بها نقصها، وله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني بجنايته ولربها أخذها واتباع الجاني بما نقصها دون الغاصب.

الصقلي: قيل: إن كانت قيمتها يوم الغصب عشرين ونقصها القطع النصف فأخذها ربها ونقصها عشرةً نظر لقيمتها يوم الجناية، فإن كانت مائة ونقصها القطع خمسين أخذه ربها من الجاني يعطي منها للغاصب عشرة وأخذ ما بقي، وهذا على قول أشهب أن الغاصب لا يربح.

وفيها لابن القاسم: من غصب أمة شابة فهرمت عنده فهو فوت يوجب لربها قيمتها، وفي كتاب أشهب: ولربها أخذها ولا شيء له في هرمها يسيرًا كان أو كثيرًا، وكذا لو صارت إلى تغييرٍ يسيرٍ كانكسار النهدين ونحوه له تضمينه قيمتها إن شاء، وقبله الصقلي.

وقال ابن عبد السلام: استشكل بعض الشُيُوخ قول أشهب من حيث لم يجعل ما حدث من النماء فيها، وهو نشور قدها جابرًا لعيب انكسار الثديين.

قُلتُ: هو قول التونسي لم يجعل ما حدث فيها من النماء يجبر النقص الحادث فيها؛ لأن صغرها نقصٌ ثم صارت كبيرة، ونقصت بانكسار النهدين فصار نقصًا ونماء إلا أن يريد: أنه غصبها ناهدًا فانكسرت.

قُلتُ: يرد ما قاله: بأن جبر العيب بالزيادة إنما ذكروه في الزيادة الكائنة عن سبب العيب الذي يجبرها، حسبما تقدم في جبر عيب النكاح بالولد في الرد بالعيب وكتاب الوديعة.

وفي لغو حوالة الأسواق ولو بنقص وإيجاب نقصها خيار ربها في أخذه قيمتها، معروف المذهب، ونقل المازري عن ابن حارث رواية ابن وَهْب، وتقدم حكم طول الحبس.

وفيها: لو قطع الغاصب يدها فلربها أخذها وما نقصها أو تركها بأخذ قيمتها.

الصقلي عن ابن حبيب وقاله الأخوان وابن كنانة، وقال سَحنون: هذا خلاف قول ابن القاسم في قتلها أن عليه قيمتها يوم الغصب لا يوم القتل، وقد تزيد قيمتها يوم القتل فيكون فيما نقص القطع يغرمه مثل قيمتها يوم القتل أو أكثر فيأخذها، ومثل قيمتها فيأخذ في اليد ما لا يأخذ في النفس، وأرى أن ليس له إلا أخذها ناقصةً فقط أو قيمتها يوم الغصب.

محمد: وقاله أشهب وبه أقول.

محمد: وحجة ابن القاسم إسقاطه حكم الغصب، وأخذه بحكم العداء فيلزمه ذلك في القتل، وهو لا يقوله ولا مالك ولا أصحابه.

الصقلي: ذكر بعض أصحابنا: روى الدمياطي عن ابن القاسم أن له أخذه بالعداء فيغرمه القيمة يوم القتل، وقاله سَحنون في المجموعة، ثم رجع عنه وهذا كقوله في القطع.

الصقلي: قيل: إنما خالف بين القطع والقتل؛ لأنه في القتل أذهب عينها.

وفي القطع بقي بعضها، فقد يكون لربها رغبة في عينها فيرفع حكم الغصب ويأخذه بالجناية، وسَحنون ضمنه قيمتها يوم الغصب كأجزاء غصبها فات بعضها وبقي بعضها فضمنه قيمة ما فات يوم الغصب، ويجب عليه إن ذهبت يدها بأمر من الله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب ويأخذ بقية أعضائها.

قُلتُ: وتقدم هذا للخمي.

الصقلي لأشهب: لو فقأ عينها أجنبيٌ فلربها أخذها ونقصها من الفاقئ في عدمه وملائه، ولا شيء له على الغاصب، أو إسلامها وأخذ قيمتها منه يوم الغصب، ولو أخذ فإن كان عديمًا أخذ ذلك من الجاني على الغاصب، وإن كانت قيمتها يوم الغصب أكثر فله طلب الغاصب بالقيمة وتبقى له الأمة وما أخذ فيها، وإن شاء أخذ الأمة واتبع الغاصب بما أخذ الغاصب نقصها من الفاقئ وهو أكثر من قيمتها يوم الغصب أخذ منه الأكثر.

سَحنون: لها تفسير ابن عبدوس هو إن كان ما أخذه الغاصب من الفاقئ أكثر من

قيمتها يوم الغصب أخذ جاريته واتبع الغاصب بما أخذ من الجاني، أو يتبع الجاني به ثم يرجع الجاني به على الغاصب.

قُلتُ: زاد في النوادر: قال أشهب: إن لم يأخذ من الجاني شيئًا فربها إن أخذ قيمتها من الغاصب وهي أكثر، فللغاصب طلب الجاني بما لزمه، وإن كان ما أخذ من الغاصب أقل رجع على الجاني بما فضل له مما بين القيمتين، وأخذها الغاصب بما أدى من القيمة يوم الغصب، وأنكره محمد.

أشهب: ولو أخذ من الجاني أولا نقصها وهو الأكثر فلا طلب على الغاصب، وإن كان الأقل تبع الغاصب بباقي قيمتها يوم الغصب، وعلى قول سَحنون: لا شيء له إلا أخذ جاريته ونقصها من الجاني كان أكثر من قيمتها اللازمة للغاصب أو أقل ولا شيء على الغاصب، أو يأخذ من الجاني قيمتها يوم الغصب ويسلم له الجارية، وما يلزم الجاني يأخذه منه الغاصب؛ لأنه لما ضمنه القيمة يوم الغصب، صارت الجناية إنما هي على الغاصب.

أشهب: إن غصب أشياء مختلفةً فنقصت في يده فلربها تضمينه قيمتها يوم الغصب، أو أخذها ناقصة ولا شيء له، وله أخذ بعضها بنقصه وقيمة باقيها.

وقتل المغصوب بحق قصاصٍ أو حرابةٍ كموته، ولو جنى فلربه أخذه فيخير في فدائه بالأرش أو إسلامه فيه، أو أخذ قيمته فيخير الغاصب في الفداء والإسلام.

وفي قصر حقه على هذا ورجوعه مع أي الأمرين اختاره على الغاصب بالأقل من الأرش، أو قيمته نقلا الشَّيخ عن ابن القاسم مع قول محمد: هذا الصواب؛ لأن كل نقصٍ يحدث ليس لربه أخذه مع نقصه، وأشهب قائلا: لأنه إن أسلمه وقيمته يوم الغصب أقل من الأرش، قال الغاصب: ليس على غيرها، وإن كان الأرش أقل قال الغاصب: كان له فداؤه بالأرش فقط فأسلمته بما لا يلزمك ولا يلزم غيرك.

قُلتُ: وسمع عيسى ابن القاسم مثله.

قال أشهب: ولو أسلمه الغاصب قبل استحقاقه ربه فله إمضاء تسليمه، ويتبع الغاصب بقيمته يوم الغصب، وإن فداه رجع عليه بالأقل.

قُلتُ: إنما رجع عليه إن أمضاه بالقيمة لا بالأقل؛ لأنه بإسلامه التزم قيمته.

قال: ولو كان الغاصب قد فداه أخذه ربه، ولا خيار له فيه إن كانت جنايته خطأً أو عمدًا، وكان يفعل ذلك عند ربه، وإن لم يكن يفعل ذلك عند ربه، فله تركه وأخذ قيمته، وقاله أشهب.

قال سَحنون: كنت أقول بقول أشهب هذا، ثم تبين لي أن قول ابن القاسم أشبه، واحتج بمثل ما تقدم لمحمد.

وفي الموازيَّة: لو جنى العبد قبل الغصب جنايةً وبعده أخرى على رجلين، فقال أشهب: يخير ربه، فإن أسلمه بهما تبع الغاصب بنصف قيمته يوم الغصب، إلا أن يكون أكثر من أرش جنايته على الثاني، وإن شاء فداه بالأرشين وتبع الغاصب بالأقل من أرش الثانية، ونصف قيمته يوم الغصب.

محمد: ولم يعجبنا هذا، والصواب إن أسلمه ربه في الجنايتين لم يرجع على الغاصب بشيء؛ لأنه كان مرتهنًا بأرش الأول عليه وقع تعدي الغاصب فتلف عنده نصف العبد الذي صار مرتهنًا بأرش الثاني، فإنما يرجع بالأرش الأول على الغاصب فالعبد بين مستحقي الأرشين، ويرجع مستحق الأرش الأول على الغاصب بنصف قيمة العبد، إلا أن يكون الأرش الثاني أقل من نصف القيمة فعلى الغاصب الأول، فيصير لمستحق الأرش الأول نصف العبد مع نصف قيمته، إلا أن يدفع ربه لمستحقه أرشه فيصير له ما كان له ويصير له نصف العبد، ويرجع على الغاصب بنصف قيمة العبد؛ لأن الغاصب لم يتلف عنده إلا نصف العبد.

اللخمي: من غصب عصيرًا فتجمد ليس عليه وغرم مثله، ومن غصب خمرًا فتخلل ولربه أخذه، وإن غصب عصيرًا فتخلل خير ربه في أخذه أو أخذ مثله.

وفي ثمانية أبي زيد: من كسر جرة عصيرٍ دخله عرق خلٍّ، ولم يتخلل غرم قيمته على الرجاء والخوف، وإن لم يدخله عرق خلٍّ فلا شيء عليه؛ لأنه لو علم به ربه لم يحل له إمساكه.

المازري: خرج بعض متأخري حذاق الأشياخ وهو الشَّيخ أبو الطيب عبد المنعم

في مسلمٍ غصب مسلمًا خمرًا فتخللت خلافًا فقال: من أوجب من أصحابنا إراقتها ومنع حائزها من تخليلها فقد ألغى حوزه بها، فإذا غصبها مسلم فتخللت عنده بقيت ملكًا له لمكانه؛ لأنها صارت بتخللها كطائر حصل في حوزه لم يتقدم عليه ملك أحدٍ ولا حوزه، ومن لم يجب إراقتها على من حبسها للتخليل فقد اعتبر حوز من هي بيده، فإن تخللت بيد الغاصب ردت لحائزها الأول، وما قاله الشَّيخ أبو الطيب ينظر إلى ما اعتل به ابن القاسم لما قال إن مالكًا قال: إن اجترأ فخللها فإنه يتملكها، وقال ابن أبي زيد: إنما وجبت لمن غصبت منه؛ لأن الغاصب لم يكن له فيها صنعةٌ توجب ملكها له.

قُلتُ: مفهومه لو تسبب في تخليلها كانت له، وتصير بتخميرها ثم تخليله إياها كصيد ند فتوحش فتسبب في صيده أجنبيٌّ، ففي كونها بتخليلها عند الغاصب له أو لربها، ثالثها: إن تسبب في تخليلها لتخريج عبد المنعم والمعروف، ومفهوم تعليل أبي محمد، وللشيخ قال أشهب: إن غصب مسلمٌ خمرًا لذمي فخللها خير في أخذها خلًّا وقيمتها يوم الغصب، ولو استهلك مسلمٌ لذمي خمرًا ففي غرمه قيمتها، ولغوه قول مالك مع أكثر أصحابه وابن الماجِشُون.

وفي كون الخلاف بناءً على عدم تكليفهم بالفروع وثبوته أو على خصوص دليل تحريمها بالمؤمن لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المائدة: 90]، نقل المازري عن المذاكرين والبغداديين.

قُلتُ: هذا خلاف نقل ابن حارث: اتفقوا في المسلم يستهلك لنصراني خمرًا أنه يجب عليه قيمتها، واختلفوا فيمن يقومها فقال ابن القاسم: أهل دينهم.

سَحنون: لا يقومها إلا أهل العدل من المسلمين.

محمد: وسمعت أنه يقومها من أسلم من المسلمين وهو قولٌ ضعيفٌ، والاستفاضة في ذلك لا تعدم عند المسلمين.

الشَّيخ: لابن عبدوس عن ابن القاسم وعبد الملك: من غصب قمحًا فزرعه فعليه مثله.

قُلتُ: زاد في المَدَوَّنة: ولو حصد منه زرعًا كثيرًا.

ولابن عبدوس عن أشهب: من غصب بيضة فحضنها فخرج منها دجاجة فهي له وعليه بيضة مثلها، كغاصب قمح فزرعه فالزرع له وعليه مثل القمح، وأحب إلي تصدقه بالفضل ولا يجب عليه.

ولسَحنون في العتبيَّة: من غصب بيضة من دجاجة حية أو ميتة فحضنها تحت دجاجة فالفرخ لرب البيضة، وللغاصب قدر كراء حضانة دجاجته.

ابن رُشْد: قول سَحنون على أصله في المزارعة الفاسدة أن الزرع لرب البذر، وهي رواية ابن غانم، وعلى أن الزرع فيها لرب الأرض والعمل يكون الفرخ للغاصب، وعليه لرب البيضة مثلها، وعليه قول سماع سَحنون ابن القاسم في الشركة في رجل أتى بذكر حمام وآخر بأنثى على الفراخ بينهما أن الفراخ بينهما.

ومن قال لرجل: حضن هذا البيض تحت دجاجتك والفراخ بينهما، أنها لرب الدجاجة ولرب البيض مثله.

الشَّيخ: لأشهب في الموازيَّة والمجموعة: من غصب دجاجةً فحضن بيضها ففراخها لربها كالولادة.

أشهب: ولو حضن بيض المغصوبة تحت دجاجةٍ للغاصب، وبيض دجاجته تحت المغصوبة، فلا شيء للمغصوب منه إلا دجاجته ومثل بيضها.

قال في الموازيَّة: وله كراء مثل حضانتها وما نقصت.

الشَّيخ: في قوله: (وما نقصت) نظرٌ إلا أن يكون نقصًا بينًا فيخير في أخذ قيمتها يوم الغصب دون شيء من بيضها وفراخها وحضانتها.

قال في الكتابين: وكذا الحمامة يغصبها فتبيض وتحضنهم، فالأفراخ لربها ولا شيء للغاصب في إعانة ذكره.

قال في الكتابين: ولا شيء له من أفراخ ما حضنه غيرها من بيضها، إنما له مثله إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلف تمام تحضينهم، فله أخذ الغاصب بقيمة البيض.

ومن غصب عينًا تجرَ بهَا ففي كون ربحها له مطلقًا، أو إن كان موسرًا وإلا فلربها، ثالثها: لربها قدر ما كان يربح فيها لو بقيت بيده.

للخمي عن ابن القاسم مع مالك، وابن مسلمة مع ابن حبيب في ولي اليتيم يتجر بماله لنفسه لا لليتيم، وابن سَحنون فيمن رجع عن شهادته في دين عين أو مثلي حال أنه أخرجه المدين سنة، قال: وأرى إن لم يتجر بها بل أنفقها أو قضاها في دين عليه، ولو كانت بيد ربها لم يتجر بها فلا شيء على الغاصب، وإن كان ربها ممن يتجر بها فعليه ما يرى من ربها تلك المدة، إلا أن يعلم أنها تلك المدة لا تربح، وإن كان ربها لا يتجر بها أو الغاصب موسر بغيرها ولم يعامل لأجلها فربحها له، وإن كان فقيرًا عومل من أجلها فربحها لربها، وإذا لم تكن في ذمة الغاصب سبب الربح، فربح المال منه كزكاته.

قُلتُ: وينبغي أن يعطى أجر تجره إن كان أقل من الربح.

قال: وإن كان ربها ممن يتجر بها والغاصب فقيرٌ فعليه الأكثر مما ربح فيها أو ما كان يربحه ربها.

ولو صبغ الثوب غاصبه فلربه أخذه.

وفي كونه مجانًا أو يغرم:

نقل اللخمي عن أشهب: وعلى الثاني في كونه يغرم قيمة الصبغ أو ما زاده فيه قولها، ونقل اللخمي عن ابن القاسم: وله تركه للغاصب.

وفي كونه بإغرامه قيمته يوم الغصب وتخييره بكونها يوم الغصب أو يوم الصبغ قولها، ونقل اللخمي عن ابن القاسم في غيرها: وله عن ابن مسلمة إن نقصه الصبغ غرم النقص، وإن زاد لم يكن له فيه شيءٌ إلا أن يكون إن غسل خرج منه شيءٌ له قيمة فيخير ربه إن شاء أعطاه الثوب يغسله، أو قيمة ما يخرج منه، وعلى قول عبد الملك لربه أخذه مجانًا إن كانت النفقة يسيرةً، وإن كان لها قدرٌ أعطاه قيمة ذلك أو ضمنه إن كانا شريكين.

المازري لابن الماجِشُون في الواضحة: لا حق لغاصبٍ في صبغٍ ولا صوغٍ ولا

طحنٍ كقول أشهب لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالمٍ حقٌّ**»[1]، ولابن الماجِشُون أيضًا في المبسوط: إن صبغ الغاصب في المغصوب يسيرًا فلربه أخذه مجانًا، وإن صبغ فيه كثيرًا فلا يأخذه إلا بدفع قيمة الصنعة أو يضمن الغاصب أو يكونا شريكين، فأثبت الشركة هنا عبد الملك، ونفاها ابن القاسم.

وقال أشهب: من غصب ثوبًا فصبغه أو قطعه وخاطه، أو قمحًا فطحنه لربه أخذه بخلاف ما لو صير القمح سويقًا، وقال سَحنون: كل ما غيره حتى انتقل اسمه فهو فوتٌ.

قُلتُ: تقدم قولها في الصبغ: أنه يخير ربه في قيمته وأخذه بغرمه قيمة الصبغ، ونحوه في السارق: يصبغ الثوب.

وفي تضمين الصناع منها: ولك أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم أجر الخياطة لتعديه.

قُلتُ: الفرق بينهما أن الصبغ بإدخال صنعة في المغصوب فأشبه البناء والخياطة مجرد عمل فأشبه التزويق في الدار، وفي المقدمات، ولابن القاسم وأشهب: الصبغ فوتٌ ليس لرب الثوب إلا قيمته يوم الغصب، وانظر في اللقطة من المدَوَّنة: أن يكونا شريكين.

قال أبو عمران: لا يأخذه مصبوغًا إلا بغرم قيمة الصبغ ولو كان الصبغ قد نقصه.

قُلتُ: هذا خلاف نص الجلاب: من غصب ثوبًا فصبغه صبغًا ينقص الثوب فلربه أخذه ناقصًا، أو تركه وأخذ قيمته يوم الغصب، وإن صبغه صبغًا يزيد في ثمنه فلربه أخذه ويدفع ما زاده الصبغ في ثمنه، إن شاء تركه وأخذ قيمته، فإن أبى ربه أن يأخذه، وأبى الغاصب أن يعطي قيمته بيع الثوب ودفع لربه قيمته وما فضل للغاصب.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/743 في الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات، والترمذي: رقم (1378) في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، وأبو داود: 2/158 و159 في الخراج والفيء والإجارة، باب إحياء الموات.

قُلتُ: هذا قولها في صبغ السارق إذا كان عديمًا.

قُلتُ: ففي لغو قيمة الصبغ وكونه فوتًا، وتخيير رب الثوب في أخذه بغرم قيمة الصبغ، وأخذ قيمته يوم الغصب، رابعها: أو يوم الصبغ، وخامسها: له أخذه بغرم ما زاد الصبغ فيه، وسادسها: الشركة بقيمة الصبغ وقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، والغاصب أن يدفع قيمة الثوب، وسابعها: الأول إن لم ينقصه الصبغ وإلا خير في قيمته وأخذه مجانًا وعزوها واضحٌ، وثامنها: قول لابن الجلاب.

وفيها: من غصب ترابًا فجعله ملاطًا لبنيانه فعليه مثله.

قُلتُ: وشبه الملاط بكسر الميم هو الطين، وذكر ابن زرقون فيمن غصب كتانًا فغزله أو غزلًا فنسجه، إنه قيل: يشبه أن يكون كالثوب يخاط؛ لأنه إنما أحدث فيه تأليفًا لا قيمة له إذا أزيل.

قُلتُ: والتراب يجعل طينًا كذلك.

الجلاب: من غصب شاةً فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها، وقال محمد بن مسلمة: لربها أخذها، ويضمن الغاصب ما بين قيمتها حيةً ومذبوحةً.

وقال ابن الحاجب: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وقال محمد: إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها.

ابن عبد السلام: ظاهره أن ليس لربها في القول الأول إلا قيمتها وذبحها إفاتةٌ وهو ظاهر ما حكاه غيره، وقال بعضهم عن ابن القاسم: إن ربها مخيرٌ في أخذ قيمتها، أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة.

قُلتُ: ما حكاه من أن ذبحها فوتٌ يوجب قيمتها لا أعرفه في الذبح نصًّا؛ بل تخريجًا مما حكاه المازري في طحن القمح، قال: وروي عن ابن القاسم في المجموعة أن طحن القمح يوجب مثل القمح المغصوب وهو ظاهر قولها في الغصب.

قُلتُ: أرأيت إن غصب من رجل حنطة فطحنتها دقيقًا، قال: أحب ما فيه إلي أن يضمن حنطةً مثل حنطته.

وقوله: وقال بعضهم عن ابن القاسم: إن ربها مخيرٌ، ظاهره أنه لم يقف عليه نصًّا

لابن القاسم.

وفي رسم الصبرة من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح: من ذبح لرجل شاةً فيلزمه غرم قيمتها، لا يجوز لربها أن يأخذ فيها شيئًا من الحيوان الذي لا يجوز أن يباع بلحمها.

قُلتُ: ولم وإنما وجب لرب الشاة على ذابحها قيمتها عينًا.

قال: لأن رب الشاة ما لم يفت لحمها مخير في أخذها مذبوحةً.

وفي أخذ قيمتها حية فيدخله بيع اللحم بالحيوان، فإن فات لحمها فلا بأس بذلك، فقبلها ابن رُشْد ولم يزد فيها شيئًا، ولا ذكر في أن لربها أخذها مذبوحة خلافًا.

وفيها: من غصب فضة فصاغها حليًا أو ضربها دراهم أو حديدًا أو نحاسًا، فعمل منه قدورًا أو سيوفًا فعليه مثل ما غصب في صفته ووزنه.

الشَّيخ عن ابن حبيب: قال ابن الماجِشُون في الفضة يصوغها حليًا، والثوب يصبغه أو يقطعه ويخيطه، والقمح يطحنه سويقًا: لربه أخذه في كل ذلك.

المازري: من غصب حجرًا، أو خشبة بنى عليها بناء ففي تمكين رب ذلك من أخذه ولو بهدم بنائه، مشهور المذهب مع قول ابن القاسم في الموازيَّة: ولو كان البناء قصورًا، وقول أشهب في النوادر، وقوله في غيرها، ونقله عنه ابن حارث، وزاد اتفاقه مع ابن القاسم على هدم البناء المعتمد على الحجر المغصوب، وإنما اختلفا فيما انتشر منه فقال ابن القاسم قولًا مجملًا: يهدم.

وقال أشهب: إن لم يكن نزع الحجر إلا بهدم كل البناء وجب قيمة الحجر لربها، وهذا النقل لا أعرفه في المذهب، وما أدري من أين نقله، وإنما أعرفه للكرخي عن أبي حنيفة.

ولو رضي رب المغصوب بتركه، وأخذ قيمته ففي لزوم ذلك للغاصب؛ لأن هدم بنائه إضاعةٌ للمال وتمكين الغاصب من ربه بهدم بنائه.

قولا اللخمي مع عبد الحميد الصائغ، وابن القُصَّار قال: وإدخال الغاصب لوحًا في سفينة أنشأها عليه كالحجر المبني عليه بناء معتبرًا، إن كان نزعه لا يستلزم موت

آدمي ولا إتلاف مال لغير الغاصب، وسبب الخلاف في هذا اعتبار أشد الضررين باعتبار ذات الضرر، ومن يلحقه من حيث كونه غاصبًا وغير غاصب.

وكذا غصب خيطٍ خيط به جرحٌ إن لم يستلزم نزعه خوف إتلاف عضو آدميٍّ محترمٍ، أو حدوث مرضٍ به مخوفٍ، فإن لم يستلزم ذلك أو استلزم تأخير برءه فمختلفٌ فيه بين الشافعيَّة، ومن هذا الأسلوب لو أن كبشًا أدخل رأسه في قدر لغير ربه لا لتسبب من أحد مالكيها لم يضمن أحدهما لصاحبه شيئًا، وهو من جرح العجماء، وكذلك دخول دينارٍ في دواة غير ربه لا يمكن إخراجه إلا بكسرها، وكان شيخنا إذا حكى هذه المسائل يحكي أن جملين اجتمعا في مضيقٍ لا يمكن نجاة أحدهما إلا بنحر الآخر، فحكم بعض القضاة بنحر أحدهما ويشتركان في الباقي كالمطروح من السفينة لنجاتها.

وفيها: إن عمل الغاصب الخشبة بابًا فعليه قيمتها، وإن غصب أرضًا فغرسها أو بنى فيها ثم استحقها ربها، قيل للغاصب: اقلع الأصول والبناء إن كان لك فيه منفعةٌ إلا أن يشاء رب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والأصل مقلوعًا، وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد القلع كالجص والنقش فلا شيء فيه، وكذا ما حفر من بئر ومطمر فلا شيء له في ذلك.

قُلتُ: تقدم في العارية حكم قيمته مقلوعًا، وسمع ابن القاسم في كتاب الجنايات: من خصى عبدًا فنقصه ذلك فعليه ما بين القيمتين كجراحه، وإن زاد فيه نظر إلى ما ينقص من مثله من أوسط صنفه فيحمل عليه، فإن كان عشرًا كان له عشر ثمنه.

ابن رُشْد: تأوله بعضهم على أنه إن زاد الخصاء في ثمنه الثلث، فعلى الجاني ثلث قيمته، وإن زاد فيه مثل ثلثه أو أكثر غرم جميع قيمته وهو بعيدٌ في المعنى، وإن ساعده اللفظ، وإنما معناه أنه ينظر إلى ما ينقص منه الخصاء الذي زاد في قيمته كم كان ينقص منه لو لم يرغب فيه من أجل خصائه أنه لا شيء في نقص الخصاء بعض منافعه، فأراد في الرواية أن ينظر إلى ما نقص منه الخصاء لو لم يرغب فيه لأجل خصائه.

وقال سَحنون: إن زاد فيه نظر إلى عدد من ينقص منه الخصاء، فيقال: ما ينقصه أن

لو أخصي، فيقال: خمسه، فيغرم الجاني خمس قيمة العبد المجني عليه، وفيه نظرٌ؛ لأن الخصاء ينقص من قيمة العبد النبيل الرائع أكثر مما ينقص من قيمة الوخش، فما تأولناه من قول مالكٍ أصح.

ولابن عبدوسٍ: إن لم ينقصه فلا غرم على الجاني، والذي أقوله إن لم ينقصه أن على الجاني جميع قيمته؛ لأن الخصاء يقطع النسل، وفيه في الحر كمال الدية فيكون فيه في العبد كمال قيمته قياسًا على موضحته ومنقلته ومأمومته.

وقول ابن الحاجب وابن شاس: ولو هزلت الجارية، ثم سمنت أو نسي العبد الصنعة ثم ذكرها حصل الجبر، هو كقولها من اطلع على عيب قديم فيها ابتاعه فلم يرده حتى زال فلا رد له، والهزال والنسيان زوالهما في المغصوب كذلك، ولا أعرفهما نصًّا في المذهب لغيرهما، بل للغزالي قال في وجيزه: ولو هزلت الجارية ثم سمنت أو نسي الصنعة ثم تذكرها أو أبطل صنعة الإناء ثم أعاد مثلها ففي حصول الجبر وجهان.

قُلتُ: الأظهر أن الإناء لا ينجبر بذلك، ومسألة الغاصب عندي تجري على ما تقدم من الخلاف في المودع يتعدى على الوديعة ثم يعيدها لحالها في المثلي منها، ومقتضى قولها أن الهزال في الجارية يوجب على الغاصب ضمانها، ولم أقف عليه لغيرهما.

ومفهوم قولها: من غصب شابةً فهرمت فهو فوتٌ، مع قولها في السلم الثاني: أن الهزال في الجارية لغو بخلاف الدابة خلاف ذلك.

اللخمي: اختلف إن أغلق الدار وبور الأرض، ووقف الدابة ولم يستعمل العبد، فقال ابن القاسم: لا شيء عليه في كل ذلك، وقال الأخوان وأشهب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: عليه الكراء.

ونحوه لابن حبيب: إن باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتل المشتري والموهوب له، فإن كان الغاصب معسرًا رجع المغصوب منه على الموهوب له أو وارثه.

وفي غرم الغاصب غلة المغصوب مطلقًا ونفيه، ثالثها: غلة الرباع والإبل والغنم لا العبيد والدواب، ورابعها: ما استقل لا ما استعمل، وخامسها: غلة الرباع والنخل لا غلة العبيد والحيوان، للخمي عن رواية أشهب مع رواية علي بن زياد، ورواية ابن

القُصَّار ورواية ابن القاسم، وقوله وقول ابن المعذل.

وفي المقدمات: اختلف في غلة المغصوب، فقال أشهب: حكمها حكم المغصوب يلزمه قيمتها يوم قبضها أو أكثر ما انتهت إليه وإن تلفت بأمرٍ سماويٍّ، ومن قال: حكمها خلاف حكم المغصوب اختلفوا بعد إجماعهم على أنها إن تلفت ببينةٍ لم يضمنها، وإن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه.

وتحصيل اختلافهم أن ما تولد من المغصوب على هيئته وخلقته وهو الولد فإن الغاصب يرده، وما تولد عنه على غير هيئته وهو الثمر والعنب واللبن والصوف وشبهه في كونه للغاصب ووجوب رده قولان، وإن تلف المغصوب خير ربه في أخذ قيمته، ولا شيء له في الغلة وأخذ الغلة دون قيمته، وما كان غير متولدٍ وهي الأكرية والخراجات في وجوب ردها ونفيه، ثالثها: يرد إن أكرى أو انتفع لا إن عطل، ورابعها: إن أكرى لا إن انتفع أو عطل، وخامسها: الفرق بين الحيوان والأصول.

ابن شاس: منفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت، ففي الحرة مهر المثل ولو كانت ثيبًا، وفي الأمة ما نقصها، وكذا منفعة بدن الحر.

قُلتُ: قوله لا يضمن إلا بالتفويت هو مقتضى قولها في السرقة وسائر الروايات إن رجع شاهدًا الطلاق بعد البناء فلا غرم، وكذا في متعمدة إرضاع من يوجب رضاعها فسخ نكاحٍ، واختصره ابن الحاجب: فقال ابن عبد السلام: فمن منع حرةً أو أمةً التزويج لم يضمن صداقًا، لا أعلم فيه خلافًا، وتقدم في كتاب النكاح ما قد يتخرج منه خلافٌ لبعض الشُيُوخ.

قُلتُ: ما أشار إليه من التخريج لا أعرفه لأحدٍ، ولا أعرف في النكاح ما يناسب هذا الأصل، وهو منع متعة النكاح تعديًا، إلا قول اللخمي في الفصل الثالث من باب الطلاق قبل البناء في النكاح الثاني قال ما نصه في الموازيَّة: إن قتل السيد أمته قبل البناء فله الصداق، وعليه إن قتلت الحرة نفسها فلها الصداق، وهذا كقولها إن باع السيد أمته بموضعٍ لا يقدر الزوج على جماعها فله الصداق، ولا أرى للزوجة في جميع ذلك شيئًا إذا كان الامتناع منها أو من السيد إن كانت أمةً.

قُلتُ: وإشارة ابن عبد السلام إلى تخريج مسألة كتاب الغصب على ما اختاره اللخمي غير تامٍّ، وهذا؛ لأن اللخمي لم يقل بغرم قيمة المنفعة بالقصد من حيث ذاتها، إنما اختار سقوط عوضها المالي بعد تقرره عوضًا فيها لطالبه بتعمده إتلافها، ولا يلزم من سقوط المال بالتعدي ثبوت المال عن مجرد منفعة البضع؛ لأنه غير ماليٍّ، ولم يحصل له عوضٌ ماليٌّ.

وقال ابن هارون إثر كلام ابن الحاجب: وخرج فيه بعضهم أن عليه قيمة ما عطله من المنافع كالدار يغلقها والعبد يمنع منه سيده مدةً، ذكره المازري، وهذا أيضًا لا أعرفه للمازري، إنما ذكر إذا غاب غاصبٌ على رائعةٍ شك في وطئه إياها في ضمانه إياها.

قولا الأخوين وابن القاسم، وله في كتاب الشهادات: لم يختلف المذهب أن شهيدي الطلاق بعد البناء إذا رجعا أنه لا غرامة عليهما.

وأوجب الشافعي غرامتهما لإتلافهما منافع البضع، وهي مما تقوم كالحقوق المالية، واعتمد أصحابنا على أن من له زوجتين أرضعت كبراهما صغراهما فحرمتا عليه أنه لا غرم عليها فيما حرمت به فرجها عليه، وعلى أن من قتل زوجة رجلٍ لا يغرم له ما أتلف عليه من متعةٍ.

وقول ابن شاسٍ: وفي الأمة ما نقصها هو نصها في الاستبراء والأمة كالسلعة على واطئها غصبًا ما نقصها الوطء كانت ثيبًا أو بكرًا، ومثله في القذف.

وفي الرهون منها: إن وطئ الأمة مرتهنها فعليه ما نقصها وطئه بكرًا كانت أو ثيبًا إن أكرهها، وكذا إن طاوعته وهي بكرٌ، فإن كانت ثيبًا فلا شيء عليه، والمرتهن وغيره في ذلك سواءٌ.

قُلتُ: وفي تفرقته في الثيب بين وطئه إياها طائعةً أو مكرهةً نظرٌ، والصواب عكس تفرقته؛ لأنه بوطئه إياها طائعةً أحدث فيها عيبًا وهو زناها، ليس هو كذلك في وطئه إياها مكرهةً؛ لأنها غير زانيةٍ، وتقدم في الرد بالعيب أن زناها عيبٌ.

وتقدم في الصيد حكم غصب آلته، وعلى غرم الغاصب الغلة في رجوعه بالنفقة فيها طريقان.

اللخمي: في رجوعه بنفقة العبد والدابة والسقي والعلاج ثلاثةٌ.

ابن القاسم في الموازيَّة: يرجع بذلك ما لم يجاوز الغلة، ثم قال: لا يرجع بشيءٍ، وهذا فيما ليس للمغصوب منه مندوحة كطعام العبد وكسوته وعلف الدابة والرعي وسقي الحائط، إن كان بحيث لو كان بيد ربه استأجر له فهو كطعام العبد، وإن كان لا يستأجر له؛ لأن له عبيدًا ودوابًّا ولم يستعملهم بعد غصب الحائط لم يكن عليه شيءٌ، وإن كان عنده بعض ذلك رجع بأجر ما يعجز رب الحائط عنه من ذلك، وإن استعملهم ربهم بعد غصب الحائط كان عليه أجر ما عمله الغاصب ما لم يجاوز الأجر الذي أخذه فيهم.

ولأَصْبَغ في الواضحة: من تعدى على رجلٍ فسقى له شجره أو حرث أرضه أو حصد زرعه ثم سأله أجر ذلك، إن كان رب هذه الأشياء ممن لا بد أن يستأجر عليها فعليه أجرها، وإن كان يلي ذلك بنفسه أو له من يلي ذلك له فلا شيء عليه، وأرى أن على المغصوب منه الأقل من إجارة المثل فيما عمله الغاصب، أو ما أجر هو عبيده أو الغلة.

قُلتُ: الأظهر أن ثالث الأقوال هو اختياره كعد ابن رُشْد في كثيرٍ من المسائل اختياره قولًا، ولا يصح جعل قول أَصْبَغ ثالثًا؛ لأنه في غير مسألة غاصبٍ لنص قوله: من تعدى مفسرًا له بقوله فسقى إلى آخره.

الصقلي: لما ذكر قولها برجوع الغاصب بما أنفق وسقى وعالج ورعى في الغلة، قال: وقاله أشهب في المجموعة.

وقال ابن القاسم أيضًا: لا شيء له من ذلك وإن كان سببًا للغلة، وقاله مالكٌ.

قُلتُ: وعزاه ابن رُشْد أيضًا لسَحنون وابن الماجِشُون.

الصقلي: وبه أخذ محمدٌ، قال: إذ ليس بعينٍ قائمةٍ ولا يقدر على أخذه ولا مما له قيمةٌ بعد قلعه، وهو كما لو غصب مركبًا خرابًا أنفق في قلقطته وزفته وآلته ثم اغتل فيه غلةً كثيرةً فلربه أخذه مصلوحًا بجميع غلته، ولا غرم عليه فيما أنفق إلا في الصاري والأرجل والحبال، وما يوجد له ثمنٌ إن أخذ فللغاصب أخذه، وإن كان بموضع لا

توجد فيه آلته التي لا بد منها في جريه حتى يرد إلى موضعه، ولا يوجد ذلك بالموضع الذي حمله إليه إلا بمشقةٍ فربه مخيرٌ في أخذ ذلك بقيمته.

وزاد اللخمي عن محمد ما نصه: وقال: وأَصْبَغ يذهب في ذلك لقول أشهب ولم يعجبني، وقول أشهب أبين، يقوم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما كان يؤاجر به ممن يصلحه فيغرمه، وما زاد عليه فللغاصب، ولا أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضًا فبناها ثم سكن أو استغل أنه لا يغرم إلا غلة القاعة.

قُلتُ: مثله للشيخ عن محمد في سكنى الأرض وغلة ما غرس من شجر، وما عزاه اللخمي لأشهب إنما ذكره الشَّيخ عن محمدٍ.

وفيها مع غيرها: من ابتاع شيئًا من غاصبٍ أو قبله منه هبة وهو عالمٌ أنه غاصبٌ، فهو كالغاصب في الغلة والضمان.

وفي استحقاقها إن جهل أمر الواهب أغاصبٌ هو أم لا؟ فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصبٌ، وكذا للشيخ عن المجموعة في المشتري وشكك في حمله على الشراء بأن ثبوت استحقاقه بموجبه، ويمين ربه يوجب كونه غصبًا، فإذا احتمل كونه في يد من استحق منه بغصبٍ أو شراءٍ وجب حمله على الغصب لتحققه.

ويجاب بأن هذا الأصل عارضه أصالة سلامة المستحق منه، مع أن الغالب في وضع الآني الشراء لا الغصب.

اللخمي عن سَحنون: من ابتاع دارًا ممن زعم أنه وكل على بيعها وقدم ربها فأكذبه، فإن كان بائعها ينظر فيه نظرًا يثبت له شبهة الوكالة فغلتها لمبتاعها وإلا فكغاصبٍ.

وفي استحقاقها: من ابتاع دارًا أو عبدًا من غاصبٍ ولم يعلم فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من استحق منه عبدٌ بحريةٍ بعد قبضه مالًا كاتبه به لم يرجع عليه به كخراجه، ويرجع عليه بمال انتزعه من مال اشتراه معه أو فضل من

خراجه أو أعطيه وبأرش جراحه؛ لأن العبد يشترى للغلة لا لماله وأرش جراحه كأجزائه، ويرجع من استحق منه بما أعطاه، وبربح ما استتجره به لنفسه ولو أقر ربحه بيد العبد.

ابن رُشْد: لابن نافع أن العبد يرجع على من كان بيده بخراجه وخدمته، وهو دليل تعليل ابن القاسم في المستحق بملك بأنه كان ضامنًا له بثمنه لو مات، وكذا الأصل إذا استحق بحبس من مشتريه وجوب الرجوع عليه بالغلة يجري على هذين القولين.

وقوله: يرجع عليه بما كان أعطاه قبل استحقاقه بالحرية، مثل لابن حبيب عن الأخوين في الهبة إذا استحق بحريةٍ أو ملكٍ، وقالا لو أعمراه أو حبس عليه فلا رجوع له في ذلك قبل استحقاقه، ولا بعده بملك أو حرية ولا لمستحقه بملكٍ، وهو له مدة حياته، وقاله مالك والمغيرة وغيرهما من علماء المدينة قالا: وله ولمن صار إليه العبد أن يأخذا منه أو أحبا ما صار إليه من ثمرة الحبس أو غلته بعد أن يصير ذلك في يده وله؛ لأنه كما له وهو بعيد لا وجه للتفرقة بين الهبة والعمرى والحبس، ولو أعطاه شيئًا ثم أعتقه فاستحق بحرية أو ملك ففي صحة رجوعه عليه بما أعطاه قولان، ولو أعطاه بعد أن أعتقه يرى أنه مولاه، ثم استحق بحرية أو ملك ففي رجوعه بما كان أعطاه قولا ابن حبيب مع ابن الماجِشُون، وأَصْبَغ مع مُطَرِّف.

وفي لغو ما اغتله المشتري غير عالم بغصبه وغرمه غاصبه، معروف المذهب ونقل اللخمي عن ابن الماجِشُون قائلًا يريد: لأنه حرمه ذلك.

وفي الاستحقاق من النوادر عزو الأول لابن القاسم وأشهب.

الشَّيخ في الموازيَّة لابن القاسم: من غصب نخلًا فوهبها رجلًا اغتلها سنين فلربها أخذها وغلتها من الغاصب، فإن كان عديمًا أخذ ذلك من الموهوب وحاصه بما أنفق، وقال أشهب: الموهوب كالمشتري لا غلة عليه.

قُلتُ: الأول قول ابن القاسم فيها.

وفيها: من وهب لرجل طعامًا أو إدامًا فأكله، أو ثيابًا فلبسها حتى أبلاها ثم استحق ذلك رجلٌ، رجع بذلك على الواهب إن كان مليًّا، وإن كان عديمًا أو لم يقدر

عليه رجع على الموهوب له، ولا يرجع الموهوب له على الواهب بشيءٍ، وكذا لو أعاره ثيابًا فلبسها لبسًا ينقصها ولا رجوع للمستعير بما يغرم على المعير.

ونقلها الصقلي بلفظ: من غصب طعامًا أو إدامًا أو ثيابًا فوهبها، وكذا هي في المجموعة قال: ولمحمد عن أشهب يتبع أيهما شاء كقول مالك في المشتري يأكل ويلبس.

قال ابن القاسم في المجموعة: وإن كان الواهب غير غاصبٍ لم يتبع إلا الموهوب المنتفع.

الصقلي: هذا خلاف قوله في الاستحقاق: في مكري الأرض يحابي في كرائها ثم يطرأ له أخٌ يشركه، وقد علم به أولًا فإنه يرجع بالمحاباة على أخيه إن كان مليًّا، فإن لم يكن له مالٌ رجع على المكتري فسوى بين المتعدي وغيره.

وسمع عيسى ابن القاسم: من غصب شاةً فوهبها من أكلها، غرم الغاصب قيمتها إن كان مليًّا، وإلا غرمها من أكلها، وإن وهبها بعد ذبحها فكذلك، فإن كان الغاصب عديمًا غرم آكلها قيمتها مذبوحةً، وما بين قيمتها حيةً ومذبوحةً على الغاصب ولو كان معدمًا.

ابن رُشْد: هذا قولها في محاباة الوارث في الكراء وكقولها في كتاب الأقضية وقياس الدور، وعلى قياس قولها: إن غرم القيمة الموهوب له رجع بها على الغاصب، وإن غرمها أولًا لم يرجع بها على الموهوب له؛ لأنه لما أهداها التزم ضمانها، وإن كانا عديمين اتبع أولهما ملأً، ويرجع الموهوب له بما يغرم لا الغاصب عليه بما يغرم، وعلى قول غيره في مسألة كتاب الاستحقاق منها وهو أشهب بدليل قوله في رسم محض القضاء من سماع أَصْبَغ من كتاب البضائع.

وقول ابن القاسم في الشركة منها: يرجع أولًا على الموهوب له إن كان مليًّا، وإلا فعلى الغاصب، وإن رجع عليه رجع الغاصب على الموهوب له، وإن رجع على الموهوب له لم يرجع الموهوب له على الغاصب، عكس القول الأول، فإن كانا عديمين رجع على أولهما يسرًا.

ولابن القاسم في كراء الدور منها: إن رجع على الموهوب له لعدم الواهب لم يكن للموهوب له رجوع على الواهب خلاف ما يوجبه القياس.

فيتحصل فيه خمسة أقوال، بقول أشهب روى ابن عبدوس عنه: أن المستحق يتبع أيهما شاء الغاصب الواهب أو الموهوب له.

قال: واستحسنه سَحنون واحتج بالبيع، لو ابتاع طعامًا فأكله فله أن يضمن من شاء منهما الغاصب أو المشتري، فكذا الموهوب له.

قُلتُ: قال الصقلي: الفرق بين المشتري والموهوب له أن المشتري إذا غرم رجع بثمنه على الغاصب، والموهوب له إذا غرم لم يرجع، إذ لا عهدة له على الغاصب، وقاله المازري، ويتم على القول أن الموهوب له لا يرجع على الغاصب بما يغرمه، والقيمة على الآكل الموهوب له أو المشتري يوم الأكل، وعلى الغاصب يوم الغصب؛ لأنه هو وقت ضمان كل منهما، وقاله غير واحد.

قال ابن عبد السلام: انظر إن اختار المالك تغريم الموهوب له، ومن ذكر المؤلف معه قيمة المغصوب، وهي أقل من القيمة اللازمة للغاصب، فهل للمالك الرجوع بتمام القيمة أم لا؟ على ما تقدم في الأجنبي يقتل الأمة المغصوبة بيد الغاصب.

قُلتُ: هذا التفريع الذي ذكره إنما يتأتى على قول أشهب لقوله: إن اختار المالك، ولا خيار له إلا على قول أشهب أنه يتبع أيهما شاء.

قال المازري: واختاره محمد وسَحنون فيرد إجراؤه على ما تقدم في الأجنبي بقول المازري تفريعًا عليه: لو كانت قيمة الثوب يوم الغصب عشرين ويوم اللبس ثلاثين، فإن أخذ من الغاصب عشرين لم يرجع على الموهوب له بالعشرة تمام القيمة يوم اللبس؛ لأنه إذا اختار طلب أحدهما فكأنه أسقط الطلب عن الآخر.

وفيها لابن القاسم: لو قتل الأمة مبتاعها فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل، ثم يرجع على بائعه الغاصب بالثمن.

الصقلي: لأشهب: إن باعها الغاصب بمائة فقتلها المبتاع وقيمتها خمسون فأغرمه مستحقها قيمتها خمسين، فليرجع المبتاع على الغاصب بما غرم للمستحق وذلك

خمسون، ويرجع المستحق أيضًا على الغاصب بخمسين بقية الثمن الذي أخذ فيها.

والقياس قول ابن القاسم: لأن المستحق لما أغرم قيمتها المبتاع كأنه أخذ عين شيئه، وانتقض البيع بين المشتري والغاصب، فيجب رجوعه بثمنه أجمع، ولو كانت قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين وباعها الغاصب بمائة وقتلها المبتاع وقيمتها خمسون، وأخذ مستحقها قيمتها من المشتري، رجع المشتري على قول أشهب على الغاصب بما غرم وهو خمسون، ورجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب وذلك سبعون.

وعلى قول ابن القاسم: يرجع المشتري بثمنه وهو مائة، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب وذلك عشرون، ونحوه للتونسي.

ووجه قول أشهب: أن المشتري إنما يرجع على الغاصب بالخمسين التي غرمها، ويرجع المستحق ببقية الثمن، فإن المشتري إذا رد إليه مثل ما أخذ منه فكانه لم يغرم شيئًا، والغاصب لا يربح فوجب كون الباقي بيده للمستحق.

قال ابن الحاجب: وكذلك لو قتل العبد فإن اختار تغريمه فكان أقل من الثمن، ففي تعيين مستحقه من المشتري أو ربه قولا ابن القاسم وأشهب.

ابن عبد السلام: يعني إن قتل المشتري من الغاصب العبد المغصوب، فأخذ ربه منه قيمته يوم قتله فكانت أقل من الثمن، فاتفق ابن القاسم وأشهب على أن الغاصب لا يستحق زيادة الثمن على القيمة، واختلفا فيمن يستحقها، فقال ابن القاسم: يستحقها المشتري، وقال أشهب: يستحقها المالك، ويرجع المشتري بقدر ما أدى، هذا ما ذكره المؤلف وهو خارجٌ عما نقله من يعتد بنقله.

قال في المَدَوَّنة: فذكر متقدم لفظها قال: وحكي عن أشهب أن المشتري إن اشتراها بمائة وقتلها وقيمتها خمسون، فأغرمه المالك الخمسين القيمة، فالمبتاع يرجع على الغاصب بخمسين بقية الثمن الذي أخذ فيها، كذا حكى ابن يونس هذا القول، وظاهره أنه يبقى بيد الغاصب مقدار ما غرمه المشتري للمالك وهو مشكل؛ لأنه يلزم عليه أن يبقى للغاصب بقية من الثمن يملكها بغير سببٍ.

قال ابن يونس: ولو كانت قيمة الأم يوم الغصب مائةً وعشرين فباعها الغاصب

بمائة إلى آخر ما ذكرناه نحن عنه، وعقبه بقوله تأمل كلامه ذكر هنا على قول أشهب أنه يرجع المشتري على الغاصب بما غرم، وذكر في الصورة التي فوق هذه أنه يرجع بما بين القيمة وتمام الثمن فهو كالمتناقض.

قُلتُ: في كلامه وهمٌ من وجهين: الأول قوله: هذا ما ذكره المؤلف وهو خارج عما نقله من يعتد بنقله؛ لأن لفظه هذا يقتضي أنه ظفر بنقلٍ مستقيم لمن يعتد به مخالفٌ لما نقله المؤلف، وهو لم يأت بنقل إلا ما نقله من لفظ المدَوَّنة، وهو نفس ما عزاه ابن الحاجب لابن القاسم، فليس بمخالف له بحال، ولا ما أتى به في زعمه من نقل الصقلي عن أشهب المشكل عنده، فآل أمره إلى أنه تعقب نقل ابن الحاجب بنقلين:

أحدهما: موافقٌ لنقل ابن الحاجب والآخر مشكلٌ في نفسه، ومن البين لكل منصف أن هذا لا يصح التعقب به، وأن التعقب به وهمٌ.

الثاني: أنه لا يخفى على منصف فهم ما نقلناه عن الصقلي أن ما ذكره ابن عبد السلام غلط سببه أن نسخته فيها نقصٌ لم يتنبه له بحيث يحمله ذلك على مطالعة نسخ ابن يونس، والنقص المذكور هو ما بين قوله: فليرجع المبتاع على الغاصب، وبين قوله: بخمسين بقية الثمن الذي أخذ فيه، والنقص هو لفظها غرم للمستحق وذلك خمسون، ويرجع المستحق أيضًا على الغاصب. انتهى.

كذا في نسخ ابن يونس الصحيحة، وهذه الزيادة تنفي استشكاله وما ذكره، والتناقض من التناقض في نقل الصقلي مبني على نسخته الناقصة فلا يفتقر لجواب، فتأمل ذلك كله منصفًا.

وفيها: لو قتل الجارية مبتاعها من غاصبٍ لم يعلم بغصبه فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل ثم يرجع هو على الغاصب بالثمن؛ لأن مالكًا قال: ما ابتاعه من طعامٍ فأكله أو ثيابٍ فلبسها حتى أبلاها فلمستحق ذلك أخذه بمثل الطعام وقيمة الثياب.

قُلتُ: مثله لابن القاسم في المجموعة بزيادة.

قال أشهب: قتلها عمدًا أو خطأً؛ لأنها جناية.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: هذا إذا كان ذلك عمدًا، وإن كان خطأً فلا شيء فيه

على الغاصب ولا على المشتري.

ابن رُشْد: هذه التفرقة تفسير قوله في المدَوَّنة إذا لم يفرق فيها بين عمدٍ ولا خطأٍ، وقيل: لا فرق بينهما والخطأ كالعمد.

قُلتُ: ظاهر كلام الشَّيخ أن قول أشهب وفاقٌ لابن القاسم في المجموعة، وعليه حمل بعضهم المدَوَّنة وهو ظاهرٌ؛ لأن إطلاقاتها كالعموم.

[كتاب الاستحقاق]

والاستحقاق من تراجم كتبها، وهو رفع ملك شيءٍ بثبوت ملكٍ قبله أو حريةٍ كذلك بغير عوضٍ(1).

(1) قال الرَّصاع: الاستحقاق في اللغة معلوم، وهو إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق، وفي عرف الشرع مستعمل في معنى ما أشار إليه الشَّيخ ﷺ وهو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية، كذلك بغير عوض وعبر بالرفع وهو الإزالة، كما قيل في النسخ: رفع حكم شرعي بدليل شرعي، وهنا رفع ملك شيء والملك المذكور عرفه الشَّيخ بعد بقوله: استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلًا أو حكمًا إلى آخر حده، وقد قال بعضهم: أنه يعسر حده.
(فإن قلت): فإذا تقرر هذا فيقال في هذا الحد التركيب الذي أشار إليه الشَّيخ قبل في حد ابن الحاجب في حد الغصب، ولا يجاب بما أجاب به بعضهم عن كلام ابن الحاجب بأنه قد عرف الحرابة بعد؛ لأنهم قالوا هذا لا ينفع إلا لو وقع التعريف فيه قبل فكذا يقال هنا.
(قُلتُ): ولعل الجواب عنه رَحِمَهُ اللَّهُ أن هذا لا يصدق عليه خاصة التركيب وفيه نظر وبحث والله سبحانه أعلم، وأخرج بقوله بثبوت ملك رفع الملك بالهبة وغيرها من الأسباب الشرعية.
قوله: (قبله) أخرج به رفع الملك بملك بعده.
قوله: (أو حرية كذلك) يعني: بثبوت حرية قبله، وأشار به إلى دخول الاستحقاق بالحرية.
قوله: (بغير عوض) أخرج به ما وجد في المغانم بعد بيعه أو أهل؛ لأنه لا يؤخذ إلا بالثمن فلولا زيادة هذا القيد لكان الحد غير مطرد، ثم قال: فيخرج العتق يعني بت العتق؛ لأنه رفع ملك شيء لكن لا بثبوت ملك قبله فخرج بذلك كما أخرجنا ما شابهه، وانظر حد العتق مع ما هنا فإنه قال فيه: رفع ملك حقيقي لا بشيء محرم عن آدمي حي يفهم به دخول العتق.
(فإن قلت): رسم الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ ربما يقال فيه أنه غير منعكس؛ لأنه يخرج عنه إذا استحق ملك بحبس كمن اشترى أرضًا، ثم أثبت الحبس كما يجب، فإن الملك يرفع بالحبس كما قلتم في العتق فكما أدخل العتق حقه أن يدخل الحبس.
(قُلتُ): يمكن أن يقال أن الحبس إذا ثبت، فإن الملك فيه إما للمحبس أو للمحبس عليه، وتأمل إذا استحق حر بملك كيف تدخل هذه الصورة في كلامه قال: ومطلق رفع ملك بملك بعد يعني أنه خرج عن الاستحقاق بقوله: فإذا ثبت بعده بيع أو هبة أو صدقة أو ما ينقل ملكًا فلا يصدق الحد عليه.
(فإن قلت): قول الشَّيخ ﷺ: رفع ملك شيء ظاهره أن القاضي لا يحكم بالاستحقاق حتى يثبت عنده ملك الشيء المستحق لمن هو بيده، وهذا لم يقله قائل في مذهبنا بل إذا قام قائم على حائز وثبت

الملك للقائم سئل الحائز بأي وجه حازه، فإن عجز وسلم الطعن في إثبات الملك حكم القاضي عليه برفع يده بالملك للقائم فحق الشَّيخ ﷺ أن يقول: رفع حوز شيء لا رفع ملك شيء؛ لأن الملك أخص من ذلك.

(قُلتُ): لعل الحائز استند في باب الاستحقاق لشراء أو ما يشهد لملكه.

(قُلتُ): ولو صح ذلك فعقود الأشرية لا تفيد الملك على المعروف من مذهبنا.

(فإن قلت): قد أقام الشَّيخ رحمه الله إفادة الملك من المدَوَّنة بالاشتراء من مسائل ثلاث، ولعله اعتمد على ذلك.

(قُلتُ): فيها بحث والمسائل الثلاث أشار إليها في الأقضية، وفيها بحث فراجعه.

(فإن قلت): وقع في المدَوَّنة في كتاب الاستحقاق فيمن شهد بموته وبيعت تركته، ثم قدم حيًا فإن ذكر الشهود ما يعذرون به، فإنه يأخذ ما بيع بالثمن فيقال: هذه صورة من الاستحقاق وفيها العوض وحد الاستحقاق يصدق فيها ففيه عدم عكس بزيادة بغير عوض حوفظ فيها على الطرد فأخل بالعكس.

(قُلتُ): هذا السؤال كان يظهر لي عليه، ثم تأملت كلامه رحمه الله بنيته الصالحة فوجدته لا يرد عليه بوجه؛ لأنهم في المدَوَّنة وغيرها ما أطلقوا على صورة النقض استحقاقًا ولا يتم النقض إلا به، غايته أنهم ذكروها في كتاب الاستحقاق وكم من مسألة فيها لا تنطبق على ترجمتها، ويمكن الجواب أيضًا أنهم لما وجهوا مسألة المدَوَّنة في كونه يأخذ عين شيئه بالثمن.

قالوا: لأن فيه شبهة أصله ما وقع في المغانم، وقد أخرج الشَّيخ ذلك بالقيد والفرع تابع لأصله هذا الذي ظهر لي بنيته - رضي الله عنه ونفع به- ووقفت لبعض تلامذته رحمه الله في هذا المحل من المدَوَّنة.

قال: بعد أن ذكر حده رحمه الله أورد على الشَّيخ في حياته على رسمه الزوجة المنعي لها زوجها إذا تزوجت وقدم زوجها الأول، فإنها ترجع إليه ولو ولدت فيصدق الحد على هذه الصورة بأنه رفع ملك شيء إلخ؛ لأن الزوج قد ملك العصمة فيكون الحد غير مانع وأجيب عن ذلك بجوابين الأول كون هذه الصورة من الاستحقاق وظاهر هذا النقل أن الشَّيخ سلمه وليس ذلك بصحيح؛ لأنهم لم يطلقوا عليها ذلك عرفًا والحد للعرفي لا للغوي الثاني أن الشَّيخ ﷺ قال: بأن هذه الحدود والرسوم يجب أن تجري على القواعد الأصولية، فإنه تقدم له الفرق بين السلب والعدول والسلب هنا الذي هو بغير عوض المراد منه العدول فلا يصح ذلك إلا بعد القابلية للعوض، وقضية المنعي لها زوجها لا تقبل ذلك بوجه.

قال: فتأمله منصفا.

(فإن قلت): يرد على الحد أيضًا أن يقال إذا وقع الاستحقاق من يد غاصب، ثم وقع الحكم بالرفع

فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملكٍ بعده، وما وجد في المقاسم بعد بيعه أو قسمه؛ لأنه لا يؤخذ إلا بثمنٍ.

وحكمه الوجوب عند تيسير أسبابه في الرفع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع؛ لأن الحلف مشقةٌ.

فيها: ما هلك بيد مبتاعه بغير سببه فإن قامت بهلاك ما يغاب عليه ببينة فلا شيء عليه ولا يضمن.

اللخمي: إن ثبت الاستحقاق فقال المشتري: أبق العبد أو ذهبت الدابة أو ماتا قبل قوله في الحيوان: بتلف أو غيره.

وفي الموت إن سافر به ولا جماعة معه ولا يصدق في موته في حضرٍ أو جماعة سفرٍ.

=

المذكور فكيف يصدق فيه رفع ملك شيء والشيء إنما هو غصب في يد الغاصب لا ملك له فيه؛ ولذا إذا أخذ ورفع يده عنه، فإنه يرجع عليه بالغلة.

(قُلتُ): لا بد من مسامحة في لفظ الملك إذا تأملت ذلك.

(فإن قلت): قول الشَّيخ ﵀: ملك شيء قيل عليه: أن الشيء عرض عام، فلو أتى الشَّيخ ﵀ بأقرب جنس له لكان أحسن وأصوب فيقول: رفع ملك مال.

(قُلتُ): لو قال ذلك لكان أظهر والله أعلم بقصده ﵁، ورأيت عن بعض تلامذته أنه أورد على هذا الرسم إذا جعل زوج لزوجته أمر الداخلة عليها وملكها ذلك، ثم تزوجها فطلقت عليه الزوجة بذلك، فإنه يصدق إن ملكها قد رفعته بها ملك الزوج زوجته قبل تزويجه، ولما ذكرت هذا بالمجلس تردد فيه الطلبة للنبلاء عندي في صحة وروده، والصواب أن يقال: نمنع أن المرأة ملكت أمرًا ثبت لها ملك فيه؛ بل أثبتت إما وكالة من الزوج على وقوع الطلاق، أو أثبتت ما يوجب الطلاق وليس في ذلك ما يورد على الحد بوجه، وقد رأيت تقييدًا عن الشَّيخ - رحمه الله ونفع به- وإنه كان يقول تصور ثبوت الاستحقاق بدون شهادة بالغصب مشكل قال: لأن البينة تشهد بأن الملك لم يخرج من يد مالكه ببيع ولا غيره ولا وجه من الوجوه المعلومة.

قال: ثم إن وجود المستحق بيد المستحق منه مع الشهادة للمستحق دليل على أن هذا غصبه فيلزم في المستحق من يده ما يلزم الغاصب من رد الغلة، وأجاب بأنه تعارض الأصل والغالب الغالب أن لا يحوز الإنسان شيئًا إلا بأحد الوجوه، والأصل عدم خروج الملك عنه فروعي الغالب وترك الأصل للمصلحة، فتأمل هذا كذا وجدته عندي والله سبحانه ينفعنا به وبعلمه وعمله.

قُلتُ: تقدم استيفاؤه في الخيار قال: واختلف في السلع والطعام يدعي سرقته وشبه ذلك، فلابن القاسم في العتبيَّة: لا يقبل وهو ظاهرها لقولها: يحلف لقد هلك ويغرم قيمته اليوم، ولمالكٍ في مثل هذا لا يحلف قال: لو أحلفته ما ضمنته، وقال أَصْبَغ: يقبل قول المشتري مع يمينه في ضياعه.

قُلتُ: ما عزاه للعتبية هو سماع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: قوله: يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى ويغرم قيمتها خوف أن يكون عيبًا، ومثله يجب في المرتهن والمستعير والصانع.

وقوله: إن أتى ببينة على الهلاك لم يكن عليه شيء؛ معناه: أن تشهد البينة على معاينة هلاك ذلك، وهو ظاهر كتاب الخيار منها.

وقال محمد في الصانع: لو احترق بيته فيرى ثوب الرجل يحترق هو ضامن، وكذا الرهن حتى يعلم أن النار هو بغير سببه، أو سيلٌ يأتي أو ينهدم البيت وشبهه، وتقدم حكم ما وهبه الغاصب، وتحصيل ابن رُشْد فيه خمسة أقوال.

وقال المازري: فيه ثلاثة أقوال، قول ابن القاسم: يبدأ بطلب الغاصب إن كان مليًا ولا يرجع على الموهوب له، فإن كان عديمًا فعلى الموهوب له، وفي الاستحقاق لغير ابن القاسم: يبدأ بالموهوب له؛ لأنه المنتفع.

وقال أشهب: الطالب بالخيار.

واستحقاق الأرض من غاصب قبل زرعه إياها واضحٌ، وبعده لابن رُشْد في نوازل أَصْبَغ في أكرية الأرضين وسماع يحيى في الغصب والاستحقاق ما حاصله: إن كان في الإبان ولا نفع في الزرع إن قلع فلربها جبره على إزالته أو أخذه مجانًا.

محمد: ولا يجوز إبقاؤه للغاصب بكراء؛ لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه فقبله الشَّيخ وابن رُشْد، وقال المازري: إنما هذا على أن من خير بين شيئين عد منتقلًا وعلى أنه لا يعد منتقلًا لا يتصور فيه بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

ابن رُشْد: وإن كان فيه نفع فلربها جبره على إزالته.

وفي جبره على أخذه منه بإنفاقه في أرضه مجانًا رواية ابن عبد الحكم والمشهور،

وعليه ليس لربه جبر ربها على قبوله مجانًا؛ لأنه لا يجبر على قبول معروفه.

وفي صحة أخذه بقيمته مقلوعًا قولان لظاهر كراء الأرضين منها، ودليل سماع سَحنون في المزارعة.

الشَّيخ: لمستحقها إبقاؤه لزارعه بكراء وبعد خروج الإبان.

فيها: مع نوازل أَصْبَغ وغيرها لا يقلع ويلزم الغاصب الكراء.

ابن رُشْد: القياس أن له قلعه إن صلحت الأرض لقثاءٍ أو بقلٍ، وهو دليل قول ابن الماجِشُون والمغيرة لا يقلع إذا أسبل، وروى ابن عبد الحَكم: يقلع ولو لم يقدر أن يزرع بعده؛ ومعناه: أن له نفعًا بإجماع أرضه وإلا فهو مضار.

المازري: للداودي عن مالك رواية شاذة أن الزرع لرب الأرض وعليه النفقة، ومال إليها واحتج بحديث الترمذي قال ﷺ: «**من زرع أرض قومٍ بغير إذنهم فالزرع لرب الأرض وعليه ما أنفقه**»(1)، واحتج بأن من غصب أمة فولدت فولدها لرب الأمة، فقدر النطفة كالبذر، والنماء في بطن الجارية كالنماء في بطن الأرض، وورد هذا السؤال إلى المهدية وشُيُوخ الفتوى متوافرون، فأفتى أشهرهم وأفقههم منذ نحو ستين عامًا بأن الزرع لرب الأرض، واحتج بما احتج به الداودي كأنه من عند نفسه، ووافقته أنا في فتواه.

واحتججت بأن الزرع نشأ عن الحب والأرض فكان يجب كون الزرع بينهما؛ لكن لا يعلم قدر ما لكل من البذر والأرض من التنمية في الزرع إلا الله تعالى، فخصت الأرض به؛ لأنها أرجح؛ لأنها لا تنتقل والحب ينتقل، ولأن تنميتها حلالٌ وتنمية الحب حرامٌ، ثم أطال وتفاصح في الاحتجاج بمعنى قوله: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: 179] بما تقرير حاصله الحكم بكون الزرع لرب الأرض أمر يوجب صون الأموال المحترمة عند العدا، وكل أمر يوجب صون الأموال المحترمة عن العدا واجب،

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1366) في الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم، ورواه أيضًا أبو داود: رقم (3403) في البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها.

فالحكم بكون الزرع لرب الأرض واجب وبين الصغرى بمعنى قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ الآية [البقرة: 179]، وذكر بعض ما ذكره البيانيون من فصاحة الآية وعذوبتها وارتفاع مقامها عما كانت العرب تقوله بالعبارة القائلة: القتل أبقى للقتل، وبين الكبرى بالقياس على مدلول الآية في حفظ الدماء.

قُلتُ: فتواه معهم بهذه الرواية مع اعترافه بشذوذها خلاف الأصول، وقياسه حفظ الأموال على حفظ الدماء يرد بما تقرر في أصول الفقه من أن حفظ الدماء آكد من حفظ الأموال.

واستحقاقها من غير غاصب مشترٍ أو ذي شبهة إن كان قبل حرثها فواضحٌ، وإن كان بعده وقبل زراعتها ففي لغو حرثه كتزويق الدار وثبوت حقه فيه، نقل ابن رُشْد في سماع يحيى عن ابن القاسم عن أَصْبَغ مع سَحنون فيه.

وفي تذييلها محتجًّا بأنه كالعجفاء تسمن والصغير يكبر، وسماع يحيى ابن القاسم، وخرجها ابن رُشْد على قولي سَحنون مع ابن الماجِشُون، وابن القاسم في الرجوع بقيمة السقي والعلاج.

قال: وقول ابن القاسم أصح، ويلزم على قول سَحنون ألا يكون له في البناء إلا قيمته منقوضًا مقلوعًا وهو لم يقله ولا غيره فيما أعلم.

وفي السماع المذكور يخير المستحق في أخذه القليب بقيمته، فإن أبى قيل لفاعله: أغرم كراءها وإلا دعها ولا شيء لك.

ابن رُشْد: قوله: وإلا دعها ولا شيء لك على غير أصل قوله، ومقتضى قوله: إن أبى أن يكونا شريكين في كرائها ذلك العام، رب الأرض بقيمة كرائها غير محروثةٍ ورب الحرث بقيمته.

وإن كان بعد زراعتها ففيها: ليس لمستحقها قلعه وعليه الصبر إلى تمامه، فإن كانت تزرع مرة في السنة فليس له فسخ الكراء تلك السنة ووجب له كراؤها.

اللخمي: له الأكثر من المسمى أو كراء المثل؛ لأنه إن كان المسمى أكثر مضى العقد وإلا رده.

قُلتُ: هو معنى نقل الشَّيخ عن ابن القاسم في المجموعة في مستحق الأرض سنين أو سنة وقد زرعت إن لم تنبت الزراعة، فله كراء تلك السنة وليس له فسخها، وهو مخيرٌ فيما بقي أن يجيزه أو يرده، وإن كانت تزرع السنة كلها فله الكراء من يوم تستحق ويخير فيما بقي، وإن فات الإبان فلا شيء له من كراء تلك السنة.

قال الشَّيخ واللخمي واللفظ له، وقال ابن الماجِشُون: إن ذهب أول الإبان فلمن استحقت منه قدر فضل الكراء أول الإبان، وللمستحق مناب الوقت الذي استحق فيه، فعليه إن كان الكراء أول الإبان دينارين وفي آخره دينارٌ ونصف، كان للأول ربع المسمى وللمستحق الأكثر من ثلاثة أرباع المسمى أو من كراء المثل من يوم استحق، ولو خاصم المستحق في الإبان وحكم له بعد ذهابه، ففي كون الكراء للأول أو المستحق قولان، وخرجهما المازري على الخلاف في المترقبات: هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصوله؟ ومنها: من أعتق عبده في سفره فقدم فأنكره، وقدم من شهد عليه فحكم عليه هل يقدم الحكم يوم أعتق أو يوم ثبت، فيها اختلاف فيه، وقد يقال: إن كانت مخاصمة من استحق منه بما له وجه فالكراء له، وإن كانت بباطلٍ واضحٍ فهو لمستحقها.

وحضرت فتوى اللخمي لقاضٍ فيمن دعت زوجها للبناء بها فأنكر النكاح فأثبتته، فإن كان خصام الزوج بتأويل وشبهة فلا يطلب بالنفقة أيام الخصام، وإن خاصمها بباطلٍ واضحٍ قضى لها بالنفقة.

وإن كانت تزرع بطونًا في السنة ففيها: إن كانت تعمل السنة كلها فله من يوم يستحقها، فإن فسخ الكراء لزمه تمام البطن الذي هو فيها على حساب السنة وفسخ ما بقي.

اللخمي: إن استحقها في البطن الثاني فالأول للمشتري، ويجري الجواب في الثاني على ما تقدم إن كان زرع أو لم يزرع، إلا أنه هنا يقض ما ينوب البطن الذي هو فيه إذا مضى بعضه؛ لأنها تعمل كل وقت.

وقول ابن الحاجب: فإن كان في إبانها أو كانت تزرع بطونًا فللمالك الخيار في أجرة

المثل من حين وجوبه أو نسبة ما بقي، تفسير للمذهب بقول عبد الملك، وهو وهمٌ أو غلطٌ، ثم قال: وفي الزرع سنين يفسخ أو يمضي، فإن أمضاه فله نسبة ما ينوبه كجمع سلعتين لرجلين.

قُلتُ: هذا الفرع واضح جريانه على أصول المذهب وفروعه، ولا أعرفه بعينه في الزراعة بل في كراء الدار.

في الاستحقاق منها: من اكترى دارًا سنة من غير غاصبٍ فلم ينقده الكراء حتى استحقت الدار في نصف السنة، فكراء ما مضى للأول وللمستحق فسخ ما بقي أو الرضا به، فيكون له كراء بقية المدة، ونحوها قولها في أكرية الأرضين: من استأجر أرضًا ثلاث سنين فزرعها ثم تهور بئرها؛ قوم العام الأول على قدر نفاقه وتشاح الناس فيه، ليس كراء الأرض في الشتاء والصيف واحدًا.

فقال الصقلي في مسألة كتاب الاستحقاق: والتونسي لا يجيز الكراء حتى يعلم ما ينوب ما بقي إن كانت قيمة الشهور مختلفةً، وإن أجاز قبل ذلك صار يجيز بثمن لا يعلم ما هو كجمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

وزاد المازري: وهذا الأصل مختلف فيه، منعه ابن القاسم، وكذا جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، وعليه خرج الأشياخ الخلاف في المسألة.

وقال بعض أشياخي: ليست هذه المسألة من هذا الأصل؛ لأن هذا إذا أجاز عقد الكراء صار العاقد كوكيل، والوكيل له أن يبيع بثمن لا يعرف قدره الموكل لا سيما على أن المترقبات إنما يقدر وقوعها يوم أسبابها.

وفيها: من اكترى أرضًا للبناء أو الغرس من مبتاعها واستحقت بعدهما فلربها إمضاء كراء بقية المدة، فإن أمضاه كان له مناب كراء بقية المدة وأمره بقلع البناء والغرس أو أخذهما بقيمتهما مقلوعين وله فسخ كراء بقية المدة وأمره بقطعهما أو أخذهما بقيمتهما قائمين، فإن أبى من أخذهما قيل للمكتري: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين.

عبد الحق: قيمتهما قائمين إنما هو على أن يقلعا إلى وقت الكراء، وكذا إذا وجبت

الشركة بقيمتها، وقاله غير واحدٍ من شُيُوخ بلدنا.

الصقلي: انظر كيف تقويم البناء على القلع إلى عشر سنين.

فإن قلت: بكم يبنى مثله على أن يقلع إلى عشر سنين؟ فالقيمة لا تختلف، سواءٌ قال: إلى سنةٍ أو عشرين سنةً؛ ولذلك قال ابن القاسم: يدفع إليه قيمة البناء قائمًا ولم يحده بوقتٍ، وإنما يصح ذلك على تأويل ابن حبيبٍ القائل معنى ذلك قائمًا هو ما زاد البناء في قيمة الأرض، يقال: عليه كم قيمة الأرض براحًا، فإن كانت مائةً فقل: كم قيمتها بهذا البناء على أن يقلع لعشر سنين، فيقال: مائةٌ وخمسون فعلم أن قيمة البناء خمسون.

وعلى تأويل قول ابن القاسم يقال بكم يبنى مثل هذا البناء، فيقال: خمسون أو مائةٌ، فهذه قيمة البناء.

قُلتُ: هذا صوابٌ جارٍ على أصل المذهب، وتفسير قيمة البناء قائمًا حسبما تقدم في كتاب العارية فتذكره.

ولما ذكر التونسي لفظ المدَوَّنة إلى قوله: فإن أبيا كانا شريكين.

زاد: ثم رجع المكتري بما بقي له من الكراء على المشتري، وهذه الزيادة لم أجدها في الأم ولكن الأصول تقتضي صحتها.

ثم قال التونسي: فانظر هل للمكتري منفعةٌ بتقويم غرسه وبنائه على بقائه لعشر سنين، فيصير قد انتفع بعض انتفاع بأرض الذي أكراها، فكيف يرجع على المشتري بجميع كراء ما بقي مع انتفاعه بالكراء الذي اكترى منه.

فإن قيل: إذا قومت له البناء على أنه باقٍ في الأرض إلى الأمد كنت أخذت من رب الأرض جزءًا من أرضه.

قيل: إنما قوم له قائمًا لدخوله بوجه شبهةٍ، فإذا امتنع رب الأرض من ذلك أعطى قيمة أرضه كاملةً لا بناء فيها فلم يظلم، فكذا إن امتنع أشركت بينهما على أن أرضه كلها تقوم له، وقيمة بناء الثاني على أنه ثابتٌ في الأرض إلى الأمد، فصار ذلك الجزء مقومًا مرتين، فلم يتضرر واحدٌ منهما.

قُلتُ: حاصله أنه فسر قيمته قائمًا بأنها على بقائه في الأرض إلى الأمد المذكور لا بما تبني به خلاف ما تقدم للصقلي، وقول الصقلي هو الصواب حسبما تقدم.

المازري: أكثر متأخري الأشياخ في القدح في قولها: أعطى قيمة البناء والغرس قائمًا.

فذكر ما تقدم للتونسي من أنه يوجب كونه: أخذ ثمن ما اكتراه مرتين، ولم يتعرض لجواب التونسي.

قال: وبأنه يصير قد قوم له ما لا يملكه وهو جزءٌ من الأرض الذي بطل عقد كرائه فيها، ثم قال: إذا قلنا إن مستحق الأرض من المبتاع يعطيه قيمة البناء والغرس قائمًا، فأما المكتري فمحمل قوله فيها قائمًا إلى مدة الكراء لا إلى الأبد؛ لأنه لم يدخل على تأبيد البناء.

قُلتُ: وهذا التزامٌ للسؤال وأن المستحق من يده إن كان مشتركًا يكون له مع قيمة بنائه قائمًا محله من الأرض؛ لأنه عليه وضع بناءه، وهذا شيء لا أعرفه لأحد من أهل المذهب غير هذا الذي ذكره المازري، ثم قال: وقد يقال عندي في دفع الاعتراض إن مستحق الأرض لما كان قادرًا على إلزام الباني والغارس قيمة أرضه براحًا كان عدوله عن ذلك رضًا بما دخلا عليه من كون البناء والغرس في المشترى على التأبيد، وفي المكترى على تمام المدة.

قُلتُ: قوله: أنه إن كان قادرًا على إلزامهما قيمة أرضه براحًا وهمٌ لا يليق بطبقته في فقه المذهب، وكل هذا تخليطٌ.

والصواب ما تقدم للصقلي حسبما قررناه.

والمعروف في بناء المشتري وغرسه: قيمته قائمًا على ما تقدم تفسيره في العارية.

المازري: وذكر شيخنا عبد الحميد أنه قيل فيمن بنى بوجه شبهةٍ: إن قيمة بنائه منقوضًا وأظنه أنه عن شيخه أبي القاسم السيوري.

ونزلت هذه المسألة بشيخنا أبي عبد الله بن الحباب استحق منه جنة قد أحدث فيها من اشتراها منه بناءً معتبرًا، فحكم عليه الفقيه أبو إسحاق بن عبد الرفيع بقيمة

البناء منقوضًا مقلوعًا، فاشتكى ذلك بعد موت الحاكم المذكور، فوقع في قضيته ما ذكرته في كتاب الأقضية، وكان أهل الإنصاف والمعرفة ينسبون القاضي للحكم بالشاذ الذي نقله المازري، وكان هذا وأنا في ابتداء الطلب قبل تمكيني من الوقف على البيان والتحصيل والنوادر، ثم تمكنت من مطالعتها، فوجدت الصواب ما حكم به الحاكم؛ لأن المنصوص حسبما أذكره أن البناء إذا كان من بناء الملوك وذوي الشرف أن القيمة فيه منقوضًا مقلوعًا.

فقال لي الفقيه أبو القاسم الغبريني: لو كان كذلك لضمنه في تسجيل حكمه بذلك، فقلت له: إنما ذكرت هذا لقصور من انتصب لإمضاء حكم الحاكم المذكور، ولم يعتل إلا بأنه من قضاة العدل الذين لا ينبغي أن تتعقب أحكامهم وسأذكرها في كتاب الأقضية إن شاء الله تعالى.

والمنصوص هو سماع القرينين: من ابتاع دارًا فبناها وعمرها ثم استحقت منه فله ما أنفق فيها فيما عمر من عمل الناس، فأما بنيان الأمراء فلا أدري ما هو.

ابن رُشْد: تضعيفه أن يكون له رجوعٌ فيما بنى من بنيان الأمراء صحيحٌ؛ لأنه أتلف ماله فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه.

قُلتُ: وذكرها الشَّيخ في نوادره وزاد: ورواها ابن نافعٍ في المجموعة، وقال: قال ابن نافعٍ: إنما يغرم قيمة ما عمر لا ما أنفق كان البناء قليلًا أو كثيرًا، جيدًا أو رديئًا.

قُلتُ: في حمل قول ابن نافع قليلًا أو كثيرًا على خلاف قول مالك في بناء الملوك نظر، وعدم نقله ابن رُشْد خلافًا يرجح كونه وفاقًا.

ومعروف المذهب أن رب الأرض إذا امتنع من دفع قيمة البناء والغرس خير الباني والغارس في إعطائه رب الأرض قيمتها، فإن أبيا كانا شريكين في الأرض وعمارتها.

وقال المازري: وروي عن مالك أنه إن أبى المستحق من دفع قيمة العمارة خير الباني والغارس على دفع قيمة الأرض، بناءً على أنه بما أحدثه في الأرض قد فوتها به.

قُلتُ: كذا ذكر المازري هذه الرواية، وقال ابن رُشْد في رسم سماع القرينين في

مسألة بناء الملوك: وقيل: إن أبى المستحق من دفع قيمة البناء كانا شريكين، ولم يكن للمشتري أن يعطي رب الدار قيمة النفقة ويخرجه منها، والقولان في آخر كتاب الغصب منها، وهذا عكس نقل المازري، فإن صح نقلاهما فالأقوال ثلاثة.

المازري: وفي كون قيمة البناء يوم بناه أو يوم المحاكمة قولان.

وقال ابن مسلمة: إنما يعطى قيمة ما زادت قيمة بنائه وغرسه في قيمة الأرض براحًا.

وواطئ أمة لغيره غير ابنٍ له عمدًا يحد وولدها رقٌّ لربها غير لاحقٍ بالواطئ إن علم غصبه إياها أو علمه أنها لغيره ككونه مرتهنًا لها، أو إقراره بأنها لغيره قبل وطئه إياها، فإن استحقت من مبتاعها وقد نقصها افتضاضه، ففيها: لا شيء عليه.

عبد الحق: بخلاف نقص الثوب يلبسه؛ لأنه يذهب منه جزءًا، وبخلاف مبتاعها يردها بعيبٍ بعد افتضاضه؛ لأنه مختارٌ في ردها وإن كان قد أولدها.

وقال سَحنون: عليه ما نقصها واحتج باللبس وبردها بعيبٍ، قاله اللخمي.

فقال المازري: الأصل اتباعهم الأم على القول باسترقاقها كان يجب استرقاقه إياهم؛ لكن منع منه كون الواطيء إنما وطئها على حرية ولده منها، فوجبت حريته وقيمته، وقيمة بدل استرقاقه.

وفي كونها يوم الحكم أو الولادة، مشهور المذهب مع الأكثر وقول المغيرة، وفيها مع غيرها، واللخمي: إن ضرب رجلٌ بطنها فألقت جنينًا ميتًا فعلى الضارب الغرة للأب، وعلى الأب الأقل منها ومن عشر قيمة الأم، وإن ولدته حيًا ثم مات لم يكن على الأب شيءٌ، وإن قتل خطأً فعلى عاقلة قاتله ديته منجمةً ثلاث سنين، وعلى الأب الأقل منها ومن القيمة يوم القتل، فإن استحقت قبل أن يقبض الأب شيئًا لم يغرم حتى يقبض فيقضى من أول نجمٍ، فإن لم يف منه فمن الثاني ثم من الثالث، وإن استحقت بعد أن أنفق الأب الدية فلا شيء للمستحق على العاقلة؛ لأن المقال عليها بالحرية، والمقال على الأب بالرق، وإن قتل عمدًا فللأب القصاص أو العفو ولا مقال للمستحق على القاتل ولا على الأب، وإن صالح على أقل من الدية فللمستحق الأقل

من ذلك ومن قيمته يوم القتل.

قال المازري: إذا قتل الأب قاتله فلا شيء عليه، ولا على قول أشهب القائل للولي جبر القاتل على الدية؛ لأن الدية عنده ليست حقًا متعينًا، بل الولي ملك التخيير في إلزامها القاتل ومن ملك أن يملك لا يعد مالكًا على قول.

قُلتُ: فيلزم التخريج على القول أنه لا يعد مالكًا.

قُلتُ: قال عبد الحق: لو عفا الأب عن قاتله على أقل من الدية فلابن القاسم في المجموعة: فعلى الأب الأقل من ذلك ومن قيمته يوم القتل، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة تبع القاتل بتمام القيمة، ولو عفا على غير شيءٍ فلا شيء على الأب ويتبع المستحق القاتل بالأقل من قيمة الولد يوم القتل أو الدية، واحتج بمتقدم قول ابن القاسم في المجموعة.

وقال ابن شبلون: لا شيء للمستحق على القاتل لقولها في كتاب الديات: عفو البنين على غير شيءٍ جائزٌ على البنات؛ لأن القتل لهم دون البنات كالأب مع المستحق.

قُلتُ: يفرق بأن أصل حق البنات غير مالي إنما هو دمٌ، وأصل المستحق حق مالي.

اللخمي: كل هذا على القول أن القيمة يوم الحكم وعلى أنها يوم ولد لم ينظر إلى موته ولا إلى قتله عمدًا أو خطأً ولا إلى ما أخذ قليلًا أو كثيرًا؛ لأن القيمة ثابتةٌ عليه وإن لم يأخذ شيئًا.

وقال أشهب: دية الخطأ فيه لأبيه ولا شيء عليه، وقول مالك أحسن؛ لأن الدية ثمن الرقبة فليس له أخذها دون غرمٍ.

ولو قطعت يد الولد خطأً فلمستحقه على أبيه قيمته يوم الحكم أقطع مع الأقل من ديتها، وفضل قيمته سليمًا على قيمته أقطع، ثم في كون ديتها له أو للولد.

نقل اللخمي عن ابن القاسم وقول سَحنون مرة وله أخرى: إنما للولد فضل ديتها على مناب نقصه، وثالثها: له الوقف فيهما.

قُلتُ: فهو رابع: ونقله عن أشهب، دية اليد للابن ولا شيء على الأب على أصله في قتله خطأً، خامس: وعزاه عياض أيضًا لابن وضاح عن سَحنون.

وفيها: كون فضل دية اليد على مناب نقصها من الولد هو للأب.

قال عياض: هو طرحه الشَّيخ من اختصاره وأثبته غيره وهو في الأصول، وتأول بعضهم قوله: هو للأب؛ أي: النظر فيه للأب لولده لصغره لا أنه ملك له واستدل بقوله أول المسألة إذا قطعت يد الولد فأخذه الأب نصف دية ولده.

وفي تعلق حق مستحقها بقيمتها أو عينها اضطرابٌ.

في النوادر: روى ابن القاسم في الموازيَّة لربها أخذها وقيمة ولدها، ورجع في المجموعة إلى أخذ قيمتها معًا، واجتمع ابن القاسم وأشهب على الأول، أشهب عليه جماعة الناس، وهو قول عليٍّ ﵁، ثم رجع مالك إلى أخذ أمته فقط إلا أن يكون في إسلامها ضررٌ، ثم رجع إلى القول الأول، ابن كنانة وبقي عليه حتى مات.

وذكر ابن حبيب الرواية الثانية وقال: بها أخذ المصريون من أصحابه مع مُطَرِّف، ثم رجع إلى أن ليس عليه إلا قيمتها يوم وطئها، وبه أخذ ابن دينار وابن الماجِشُون وابن أبي حازم وابن كنانة وبه أقول.

زاد المازري وغيره: وبه أفتى لما استحقت أم ولده إبراهيم، وعبر عنه ابن رُشْد في نوازل عيسى من كتاب الغصب: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده.

قُلتُ: ذكر عياض الأولين قال: وهما بينان في المدَوَّنة، والثالثة: أخذ قيمتها فقط.

وفي أخذها من الكتاب اضطرابٌ من الشُيُوخ.

قال ابن أبي زَمَنَيْن في بعض رواياتها: إلا أن يكون ذلك ضرر على سيدها فترد إليه، والذي في أصول شُيُوخنا وروايتنا عنهم يأخذ قيمة الجارية؛ لأن في ذلك ضررًا على المشتري.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: وهو أصح وأقرب إلى ما قاله مالك.

عياض: ليس في هذه الرواية بعدٌ على أصل مالك مثل أن لا يكون على الوالد في ذلك كبير عارٍ لموت الولد، أو لكونه من ذوي الأعذار، وربما كان المستحق لها له بها تعلقٌ وكلفٌ فتغلب ضرورته؛ لأنه مالكها على ضرر من ليس بمالك، واعتمد على هذا بعض شُيُوخنا.

قال أبو عمران: أو يكون المستحق منه عديمًا بالقيمة، فإن حكمنا بها لربها ولم يأخذ منه شيئًا أضررنا به.

قُلتُ: ففي تعلق حقه بقيمتها مع قيمة ولدها أو بعينها معها مطلقًا، أو ما لم يضر ذلك بمشتريها أو إن أضر ذلك بربها، خامس الروايات: بقيمتها فقط، وسادسها: بعينها فقط ما لم يضر ذلك بمشتريها، ولو رضي ربها بأخذ قيمتها ففي جبر مبتاعها على ذلك وبقاء الخلاف فيه قول ابن القاسم في قسمها مع الصقلي عن محمد عنه، وعن أشهب: هذا خطأ وإنما كنت أقول: لو قلت بهذا عليه قيمتها يوم أحبلها، ثم لا قيمة له في ولدها؛ لأنه في ملكه ولد.

اللخمي: ولو استحقت حاملًا فعلى أن له أخذها تؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب، وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر ليس له إلا أخذ قيمتها يوم حملت، فإن ماتت قبل المحاكمة لم يسقط عنه القيمة.

فعلى قوله: القيمة يوم حملت، هي على حكم أم الولد من أول حملها، وعلى أن القيمة فيها يوم الحكم يختلف فيها على قول أشهب: لا تكون أم الولد أم ولد إلا بولد بعد الابتداء؛ لأنه أجاز أن يسلمها إن أحب، وعلى قول ابن القاسم يجبر على دفع القيمة يترجح القول فيها، فيصح أن يقال تكون أم ولدٍ قياسًا على أن لولدها في بطنها حكم الأحرار.

وفي نوازل سَحنون من أمهات الأولاد: من اشترى جارية فأولدها فاستحقها رجل فدفعها إليه الذي أولدها، ثم اشتراها منه إن كان دفعها له بحكم قاض، فلا تكون أم ولد إلا بإيلاد مستقبلٍ، وإن دفعها له صلحًا دون قضاءٍ كانت أم ولدٍ بإيلادها أولًا.

ابن رُشْد: هذا بينٌ؛ لأنها وجبت لها حرمة الإيلاد فلا تنتقض إلا بحكمٍ؛ لأنه يتهم على إبطال ما وجب لها من الحرمة.

وفيها: من ابتاع أمةً فوطئها وهي بكرٌ أو ثيبٌ ثم استحقت بحريةٍ فلا شيء عليه

لوطئه؛ لا صداق ولا ما نقصها، ورواه عن مالك الصقلي.

وقال المغيرة: إن استحقت بحريةٍ فلها مهر مثلها.

اللخمي: وهذا أبين، وعزو ابن عبد السلام القولين للمدَوَّنة لا أعرفه، ولا من عزا قول المغيرة للمدَوَّنة.

وفي أثناء مسائل الحبس من أحكام ابن سهل، وفي مسائل ابن زَرْب: ومن ورث مالًا فاستحق حبسًا على قول ابن القاسم لا خراج عليه، ونزلت بقرطبة فقضي بهذا فيها، وعلى قول سَحنون عليه الخراج.

ابن سهل: قول ابن القاسم المشار إليه هو قوله في المدَوَّنة: من اشترى بكرًا فوطئها وذكر المسألة، وقال سَحنون: ينبغي أن يكون عليه ما نقصها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من اشترى عبدًا فخارجه واستخدمه، ثم استحق حرًّا لا يتبع المبتاع بغلةٍ ولا كتابةٍ، وتقدم قول ابن رُشْد فيها في فصل غلة المستحق.

ولما ذكر الصقلي قول ابن القاسم لا صداق على الواطئ: قال: وكذا يقول لو اغتلها إن الغلة للمشتري، والأشبه أن لا غلة له؛ إذ لا ضمان عليه فيها؛ لأنها لو ماتت رجع بثمنها، والإيلاد في فوت المستحق به أشد من العتق؛ لأنه مظنةٌ للمستحق منه أو ولده.

وسمع ابن القاسم: من غصب أم ولدٍ فماتت عنده غرم قيمتها أمةً.

الشَّيخ: لا شيء عليه كحرة غصبها فماتت بغير سببه.

ابن رُشْد: الأول أصوب؛ لأن حكمها حكم الأمة.

وعن مالك: من غصب حرًّا فباعه فكلف طلبه ففقده غرم قيمته، ونزلت بطليطلة فأفتى أهل العلم بهذه الرواية فحكم بها ابن بشير، ومنه من غصب جلد ميتةٍ ففيها: عليه قيمته ولو لم يدبغ، ولمالك في المبسوط: لا شيء عليه وإن دبغ، وقيل: إلا أن يدبغ ففيه القيمة، وقيل: إن دبغ فلا شيء فيه إلا قيمة الصنعة، وهذا يأتي على ما في سرقتها، والصواب أن فيه قيمة الانتفاع.

وفيها: من بنى داره مسجدًا ثم استحقها رجلٌ فله هدمها، كمن ابتاع عبدًا فأعتقه

ثم استحق فلربه رد العتق.

وفي جعل نقض المسجد في حبسٍ مطلقًا، أو إن كان بانيه غاصبًا، وإن كان ذا شبهةٍ جعلت قيمته في حبسٍ قولان لظاهر قول ابن القاسم فيها، والصقلي عن سَحنون وصوبه اللخمي: وقال: ما لا بد من هدمه لمخالفته بناء المساجد جعل نقضه في حبسٍ مثله، وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهه وأبى المستحق من دفع قيمة البناء، والآخر من قيمة الأرض كانا شريكين، فإن حمل القسم.

وفي حظ الحبس ما يصح مسجدًا قسم وإلا بيع وجعل منابه في مثله، وللمستحق منه ما ابتاعه سالمًا الرجوع بمثله، وما ابتاعه معيبًا الرجوع في عوضه كما في رده بعيب واستحقاق بعضه كعيبٍ به، وتقدما في الرد بالعيب.

باب التعدي

التعدي: التصرف في شيءٍ بغير إذن ربه دون قصد تملكه، ابن الحاجب: والمتعدي يفارق الغاصب؛ لأن المتعدي جنى على بعض السلعة والغاصب أخذها.

ابن عبد السلام: تقدم أن التفريق بين الغصب والتعدي مشكلٌ، وما قاله المؤلف لا يعم صور التعدي؛ لأن المكتري إذا زاد في المسافة حكم له بالتعدي، وكذا المستعير.

قُلتُ: الفرق بينهما بقصد ملك الرقبة واضحٌ، والروايات دالةٌ على ذلك لمن فهمها.

قال الشَّيخ في الواضحة عن الأخوين: من غصب سكنى دار دون أصلها فانهدمت من غير فعله فلا شيء عليه إلا كراء ما سكن، وإن انهدمت من فعله خير ربها في قيمتها يوم الهدم وقيمة ما هدم، وأخذ النفقة ولو غصب رقبتها فانهدمت من غير فعله خير ربها في قيمتها يوم الغصب ولا كراء له، وفي كرائها وله النفقة ولا شيء له من قيمة الهدم، وإن شاء فله النفقة وقيمة الهدم ولا شيء له من الكراء، وإن هدمها الغاصب فلربها أخذ قيمتها يوم الغصب، أو أخذ النفقة والكراء وقيمة الهدم.

الشَّيخ: قوله في الغاصب تنهدم من غير فعله: إن لربها أخذ قيمة الهدم والنفقة،

ولا كراء له ليس بأصلهم؛ لأن الغاصب لا تؤخذ منه وما نقصها إذا نقصت من غير فعله.

قُلتُ: فقولهم في هذه المسألة واضحٌ في التفرقة بقصد الملك وعدمه.

وقول ابن عبد السلام وقول المؤلف لا يعم صور التعدي إلى آخره بناءً منه على أن جناية المكتري والمستعير على كل الدابة.

يرد بأن من أجزائه ملكها وجنايتهما لم تتعلق به؛ ولذا فرق في المدَوَّنة وغيرها بين هبة العبد، وبين هبة خدمته لرجلٍ حياته، ورقبته بعده لآخر في زكاة الفطر والجناية.

زاد في أول كتاب الغصب: فإن قلت: المتعدي على الدابة ناقلٌ لها والمتعدي على الدار غير ناقلٍ.

قُلتُ: أسقط أهل المذهب وصف النقل في المغصوب عن الاعتبار في ضمان الغاصب، وكذا ينبغي في ضمان المتعدي.

قُلتُ: قوله: وكذا ينبغي في ضمان المتعدي، محض دعوى عرية عن الدليل فتأمله.

وفيها: من خرق ثوبًا فأفسده فسادًا كثيرًا فلربه أخذ قيمة جميعه أو أخذه بعينه وما نقصه بخلاف اليسير، وكان يقول: يغرم قيمة ما نقصه ولم يفصل بين قليلٍ ولا كثيرٍ.

وللصقلي مع غير واحد عن أشهب: إنما له أخذ القيمة أو أخذه ناقصًا ولا شيء له في نقصه، وقاله ابن القاسم ورجع عنه، وبقول أشهب أخذ سَحنون، ففي تخيير ربه في قيمة جميعه وأخذه مع قيمة نقصه أو دونها، ثالثها: إنما له قيمة نقصه، لابن رُشْد في سماع يحيى من كتاب الجنايات عن روايتها مع مشهور قول ابن القاسم وإحدى روايتها، وأشهب مع أحد قولي ابن القاسم ودليل قوله في كتاب القذف منها وثاني روايتها، وعزا المازري قول أشهب أيضًا لمحمد.

الباجي: الفساد عند أشهب ثلاثة أنواع: يسيرٌ ليس فيه إلا ما نقص، وكثيرٌ لا يذهب أكثر المنافع فيخير ربه، وكثيرٌ يذهب أكثر المنافع ليس لربه إلا القيمة.

وفيها: إن أفسده يسيرًا فلا خيار لربه، إنما له ما نقصه بعد رفوه.

ابن حارث: اتفاقًا من ابن القاسم وأشهب.

الصقلي: عن محمد ومالك.

وفي كونه من القضاء بالمثل في يسير ذوات القيم طريقان للمتأخرين.

اللخمي: ليس منه ولو كان منه ما غرم النقص بعد إصلاحه، وقد تكون قيمة الثوب سالمًا مائة ومعيبًا تسعين وأجر رفوه عشرة، وتكون قيمته بعد إصلاحه خمسة وتسعين، يخسر المتعدي خمسة، وقد لا يزيد الإصلاح في قيمته معيبًا شيئًا وإنما ألزمه إصلاحه؛ لأن ربه لا يقدر على استعماله إلا بعده.

ومثله: من حلق رأس مسلم كرهًا يفدي عنه؛ لأنه أدخله في ذلك، واختلف في هذا الأصل فقيل: على الجارح أجر الطبيب، فإن برئ على شينٍ غرمه أيضًا، وقيل: ذلك على المجروح، فإن برئ على غير شينٍ لم يكن على الجارح شيءٌ وفيه ظلمٌ على المجروح، ويلزم عليه إن كانت الجناية على عبد لا توجب غرم قيمته أن يكون علاجه على سيده، فإن برئ على غير شينٍ لم يكن على جارحه شيءٌ، وكون الرفو وأجر الطبيب على الجاني أحسن.

الصقلي: لو قال قائل في اليسير: إنما عليه ما نقصه فقط لم يعبه؛ لأنه إذا أعطاه ما نقصه دخل فيه الرفو، كقولهم فيمن وجد آبقًا وذلك شأنه له جعل مثله ولا نفقة له؛ لأنها داخلةٌ في تقويم جعله، وعلى أخذه في الفساد الكثير في كونه بعد رفوه كاليسير أو دونه بخلافه قول عبد الحق قائلًا بخلاف مداواة الحيوان قائلًا؛ لأن ما ينفق على رفو الثوب وحصول الإصلاح معلومان، وما ينفق في المداواة وحصول النجح بها غير معلومين.

ونقل الصقلي عن ظاهر أقوالهم وعزاهما المازري للمتأخرين، بناءً على أنه في اليسير لإدخال الجاني ربه في مؤنة الإصلاح، أو لأنه قضاءٌ بالمثل في تيسير ذوات القيم.

[باب الفساد اليسير والكثير في التعدي]

والفساد اليسير ما لم يبطل المقصود:

اللخمي: ولو كثر وما أبطله ولو قل كثيرًا[1].

ابن القُصَّار: كقطع ذنب مركوب القاضي، ولو كان حمارًا أو أذنه وإحداث عرجٍ به، وكذا القطع في ملبوسه ولو كان قلنسوةً، وكذا الشاهد والكاتب ومن يعلم أنه لا يلبس المجني عليه ولا يستعمله.

وفي الواضحة: لا يضمن بإفساد الأذن بخلاف الذنب والأول أصوب.

ولابن الماجِشُون في الفرس الجميل في فقء عينه ما نقصه: وإن فقأ عينه ضمنه، وإن ضرب ضرع شاةٍ أو بقرةٍ فانقطع لبنها ضمنها إن كان شأنها اللبن، وهو عظم ما يراد منها، ولو كانت رمكة أو ناقةً أو حمارةً كان عليه ما نقصها؛ لأن فيها منافع غير ذلك.

قُلتُ: جعله البقرة كالشاة خلاف نقل الصقلي.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قال: اليسير ما لم يبطل المقصود، والكثير ما أبطله ولو قل)، وبالجملة فالفرق بين الغصب والتعدي قد أشكل على كثير ومعظم التفاريق فيها إشكال، وعليها ينبني رسم كل واحد منهما بما يخصه.
(فإن قلت): قد حقق الإمام المازري رحمه الله الفرق بين التعدي والغصب بما أشار إليه في خاصة كل واحد منهما، وأنه في التعدي الانتفاع بملك الغير دون قصد تملك الرقبة، وإن قصد التملك للرقبة فهو غصب فنقول على ذلك قد وقع للفقهاء قولهم إذا غصب السكنى لدار فانهدمت الدار فإن ذلك يوجب الضمان في قيمة السكنى فقط؛ لأن التعدي إنما وقع عليها مع أنهم سموا ذلك غصبًا وهو في المنفعة.
(قُلتُ): سموه غصبًا لغويًا لا شرعيًا وكثيرًا ما وقع في المدَوَّنة مثل ذلك، على أن النقل في ضمان الدار اختلف على نقل ابن شاس عن المذهب، وانظر ما في ذلك من البحث وتحقيق النقل في كلام الشَّيخ وغيره، وما أشار إليه الشَّيخ ابن عبد السلام رحمه الله من مناقضة مسألة الدار بمن تعدى على الدابة في الكراء، فإنه ضامن للرقبة، وانظر كلام الشَّيخ رحمه الله بعد الاستحقاق في باب التعدي، وقد بحث مع شيخه ومع ابن الحاجب رحم الله الجميع بمنه، والله سبحانه الموفق للصواب.

قال: قال ابن حبيب عن الأخوين: إن قطع ذنبه وهو فرسٌ أو حمارٌ ضمن جميعه؛ لأنه أبطل المقصود فيه من ركوب ذوي الهيئات بخلاف الأذن والعين، وقاله أَصْبَغ.

وإن تعدى على شاةٍ بما قل لبنها به وعظم ما تراد له اللبن إن كانت غزيرة اللبن ضمن قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غزيرة اللبن ضمن ما نقصها، وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما، وإن كانتا غزيرتي اللبن؛ لأن فيهما منافع غير ذلك.

قُلتُ: فجعل البقرة كالناقة، ومثله في النوادر والمنتقى، ولعل عرف البلاد في ذلك يختلف.

وفقء العين: قال اللخمي: روى ابن عبدوسٍ كثيرٌ، وفيها لابن القاسم والأخوين في الواضحة: يسيرٌ.

وقطع اليد الواحدة: روى ابن عبدوسٍ: كثيرٌ، وقال الأخوان: إن كان صانعًا وإلا فهو يسيرٌ ولو كان تاجرًا نبيلًا.

وقطع الأصبع: قال ابن القاسم: يسيرٌ.

اللخمي: إن كان صانعًا فعطل صنعته كثيرٌ، وكذا قطع أنملته، والجارية الوخش كالعبد ينظر في تعطيل منافعه، والعلية إن أفسد شيئًا من محاسن وجهها أو ثديًا أو غيرها حتى صارت لا تراد، لما كانت تراد له ضمنها.

وفيها: من تعدى على عبد رجلٍ ففقأ عينه أو قطع له جارحةً، فما كان فسادًا فاحشًا لم يبق منه كبير منفعةٍ ضمن قيمته، وعتق عليه وكذا الأمة.

ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ من كتاب الجنايات: إن قطع يديه أو الواحدة من صانعٍ ضمن قيمته اتفاقًا، وفي عتقه اختلافٌ في هذا السماع معها يعتق عليه.

وقال أَصْبَغ: يعتق استحسانًا.

وقال ابن الماجِشُون: لا يعتق عليه.

قُلتُ: وعلى الأول في لزومه مطلقًا أو ما لم يرض ربه بأخذه مع ما نقصه، نقل الصقلي عن ابن القاسم مع أشهب، وعن تفسير بعض الفقهاء قول ابن القاسم.

قُلتُ: وفي النوادر لمُطَرِّف كابن الماجِشُون: لا يعتق عليه؛ لأنه مثل بعبد غيره، وليس لسيده إمساكه وأخذ ما نقصه.

قُلتُ: وجه عتقه كقولها: إن بعتك فأنت حرٌّ في الحكم بمعية وقوع الشرط والجزاء.

ᘛ ᘚ

كتاب الشفعة

[كتاب الشفعة]

الشفعة: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، وقول ابن الحاجب: أخذ الشريك حصةً جبرًا شراءً، إنما يتناول أخذها لا ماهيتها وهي غير أخذها؛ لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها، والمعروض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع النقيضان، وقول ابن هارون فيه: هو غير مانع؛ لأنه يقتضي وجوب الشفعة في العروض وهي لا شفعة فيها لا يخفى سقوطه لذي فهم.

ابن عبد السلام: ونقض طرده بأخذ أحد الشريكين مشتركًا بينهما لا ينقسم بما يقف عليه من ثمن إذا دعا لبيعه أحدهما.

قال: وجوابه بأن المأخوذ هو كل المشترك لا حظ الشريك؛ ليس بقوي(1) .

---

(1) قال الرَّصاع: الشفعة في اللغة مشتق من الشفع كذا قيل؛ لأن فيها أخذًا وضمًا لحصة أخرى شفعته، وأما في عرف الشرع فهو أخص ووضعت لما وقع الحد له، فقول الشَّيخ: استحقاق صيره جنسًا للشفعة والاستحقاق المعهود، وهو رفع ملك شيء، ولا يصح هنا أن يكون بمعنى الأخذ؛ بل المراد بالاستحقاق اللغوي؛ أي: طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه، وطلبه أعم من أخذه فماهية الشفعة إنما هي طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه، وهي معروضة للأخذ وعدمه؛ ولذا عبر بالاستحقاق لمعنى ما ذكرناه لا الماهية قابلة للأخذ هنا والترك، ويحتمل أن المراد بالاستحقاق في الشريك بمعنى أن له حالة يثبت له بها حق في الشفعة، كما تقول فلان يستحق التقديم للعدالة؛ بمعنى: أن له حالة توجب له الاختصاص بذلك بسبب بيع شريكه، فالأول يرجع إلى طلب فعل، والثاني لنسبة، فإذا باع شريك حصة من دار فلشريكه الشفعة، فهل معناه أن للشريك طلب أخذ المبيع بسبب البيع، أو معناه أن الشريك له حالة استحق بها الطلب أو الأخذ بسبب البيع، ذلك مما يقوي معنى الاستحقاق هنا والله أعلم والظاهر هو الصواب.

الثاني: وطلب الشفعة يبعد هنا وسنزيد ذلك بيانا بعد، وقوله: (شريك) وخرج به غير الشريك، وقوله: (مبيع شريكه) أخرج به غير مبيع شريكه.

قوله: (بثمنه) أخرج به ما إذا استحقه بملك ملكه به وأخذه من يده، فإنه ليس بشفعة أو استحقه بثمن أكثر أو أقل إذا باعه له، فإذا فهمت ما ذكرناه علمت ما يبطل به قول من قال من بعض الفقهاء في مجلسه: إن الشَّيخ إنما عرف بالاستحقاق؛ لأنه مال إلى قول من قال: الشفعة من باب الاستحقاق لا من باب البيع. وهذا كلام لا صحة له بوجه؛ لأن المراد بالاستحقاق ما بينا به كلامه

بالوجهين وذلك شامل للمذهبين؛ لأن معنى ذلك: هل تعطى حكم الاستحقاق إذا وقع أخذ الشقص أم لا؛ ولذا بنوا على ذلك مسائل منها إذا اكترى المشتري مدة، ثم وقع الاستحقاق هل يقع الفسخ أم لا؟ وقدمنا التنبيه على ذلك قبل.

وأورد بعضهم الشفعة في الدين ولا يصح إيرادها بوجه؛ لأن المورد أورد ذلك على أن الحد غير منعكس؛ لأن الشفعة في الدين على القول بها صورتها استحقاق المدين أخذ الدين الذي في ذمته بالعوض الذي بيع به، وهذه الشفعة ليس فيها شركة في شقص، وقد ورد في الحديث أن رسول الله ﷺ: «قضى بالشفعة في الدين»؛ ويرد هذا الكلام بأن الشفعة حيث قيل بها إنما ذلك قول شاذ في المذهب، وإن روي عن مالك قالوا: وأطلق عليها الشفعة مجازًا؛ بمعنى: رفع الضرر عن المدين الشبيه بالشفعة.

قالوا: إن الحديث لم يصح وذكر الشَّيخ رحمه الله رسم ابن الحاجب في قوله: أخذ الشريك حصة جبرا شراء، واعترضه بما سيأتي، ونقل عن الشَّيخ ابن عبد السلام: أنه نقض طرده بأخذ أحد الشريكين مشتركًا بينهما لا ينقسم بما يقف عليه من ثمن إن دعا لبيعه أحدهما.

قال ابن عبد السلام: والجواب بأن المأخوذ كل المشترك لا حظ الشريك ليس بالقوي.

قال الشَّيخ رحمه الله: قول ابن الحاجب: جبرًا يمنع دخول ما ذكر؛ لأن قدرة كل واحد على الزيادة تمنع كون أخذه جبرًا، ثم ذكر قبل هذا الرد على الشَّيخ ابن هارون في رده: بأن حد ابن الحاجب غير مانع؛ لأنه يقتضي وجوب الشفعة في العروض ولا شفعة فيها.

قال الشَّيخ: وهذا لا يخفى سقوطه لذي فهم.

(قُلتُ): وبيان أنه ساقط؛ لأنه لما قال: جبرًا، والجبر لا يكون إلا من حاكم فإن كان الحاكم يقول بالشفعة في العروض فلا إشكال، وإن لم يقل فلا جبر له، ثم إن الرسم إنما هو للماهية المطلقة، وقد يعرض لها ما يمنعها فتأمله، وقد كان بعض شُيُوخنا يقرره كذلك، ورأيت لبعض فقهاء شُيُوخ العصر - رحمهم الله - أيضًا هنا كلامًا بحث فيه مع بعض أصحابه، وذلك أنه نقل عن بعض الأصحاب أنه قال: وجه قول الشَّيخ الإمام، ولا يخفى سقوطه لذي فهم في رده على الشَّيخ ابن هارون رحمه الله أن المحدود هو الماهية من حيث هي من غير نظر إلى مذهب معين، وإذا صح ذلك فلا يصح الاعتراض بالعروض في عدم طرد الحد.

قال الشَّيخ المذكور: وما قاله الصاحب المذكور مردود؛ لأن حمل كلام ابن الحاجب على ذلك يخل بالعكس في الحد؛ لأن الشفعة للجار على مذهب من يقول بها هذا معنى كلامه باختصار.

(فإن قلت): ما نقله عن الصاحب المذكور لا بعد في قصده من الشَّيخ رحمه الله في بيان سقوط ما ذكر؛ لأن الحد إنما هو للحقيقة المذكورة من غير ملاحظة مذهب ولا صحة ولا فساد كما أشرنا إليه في مواضع هنا.

(قُلتُ): هذا هو الظاهر، وما أورده الشَّيخ المذكور من عدم العكس فلنا أن نقول: نلتزم ذلك، ونلتزم أن يزاد في الرسم بعد شريك أو جار، وقد قدمنا أن ابن الحاجب ربما راعى رسمًا على المشهور، وكذا الشَّيخ في بعض المواضع ومحققو الشُّيُوخ رأوا أن الرسم أو الحد إنما هو للماهية المطلقة، وقد نقلنا كلام ابن عبد السلام في مواضع، واختار ذلك الشَّيخ الإمام أبو عبد الله محمد بن مرزوق، كذلك واعترض في الشهادة بما يجري على مراعاة ذلك؛ لكن إنما يصح ذلك في الخلاف المذهبي، وأما مطلق خلاف فلا وهو الصواب، ثم إن الشَّيخ الفقيه المذكور قال: التحقيق أن يقال في بيان السقوط أن المعلوم من معنى كون الحد غير مانع أن يصدق الحد في فرد من الأفراد خارجا عن ماهية المحدود فيوجب الحد إدخال شيء في الماهية مما ليس منها، وهذا غير موجود هنا؛ لأن مفهوم الحد الذي هو أخذ الشريك إلخ لم يثبت في العروض على مذهبنا، وإذا لم يثبت فكيف يدعي وجود صادقية الحد على تلك الصورة، هذا معنى ما أشار إليه رَحِمَهُ اللَّهُ، فنقول: أما تفسير ما أشار إليه من معنى كون الحد غير مانع فصحيح، وهو معنى قولنا غير مطرد في اصطلاح، وأما دعوى أن ذلك لم يوجد في صورته، فيقال عليه: لم يوجد في صورتنا على ما بنيت عليه من أن الحد إنما هو على المذهب، وقد قدمنا أن الحد للحقيقة المطلقة على كل مذهب كان، ثم قوله لم يثبت في العروض على المذهب، هذا على طريقة ابن مارث، وقد ذكر غيره الخلاف في الشفعة في العروض والتعريف للمشهور وغيره، وقد وقع في الرواية إذا باع شريك حائطًا وفيه عروض وحيوان أن الشفعة في ذلك وفي العروض، ثم قال: إن مذهب ابن الحاجب والشَّيخ ابن عرفة إنما حدودهما قاصرة على مذهب مالك، وهذا صواب كما قدمنا، وإنما يقع الترديد في مراعاة الحد على المشهور أو على قول مذهبي، ثم إن الشَّيخ الفقيه المذكور اعترض على حد ابن الحاجب في عدم منعه بصورتين.

(الأولى): مسألة التيمم إذا كان الماء شركة بين حي وميت ولا يكفي إلا أحدهما، فقال ابن القاسم: الحي أولى بالقيمة، وقيل: الميت أولى.

(الثانية): إذا كان عرض مشترك بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه، ثم أقاله بشرط أنه إذا باعه فهو أحق به بالثمن، فإن الشريك يأخذه لشرطه وهي في السماع، ثم إن الشَّيخ ابن عرفة رَحِمَهُ اللَّهُ رد حد ابن الحاجب بقوله: إنما يتناول حد ابن الحاجب أخذها لا ماهيتها؛ لأن الشفعة معروضة للأخذ ونقيضه وهو تركها، والمعروض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع النقيضان، وتقريره جلي، وبيان تقريره فيما كان يمضي لنا أن نقول قصده رَحِمَهُ اللَّهُ: أن يبين أن الأخذ غير الشفعة ليبني عليه الرد المذكور، فالدعوى أن الأخذ غير الشفعة واستدل على ذلك بقياس استثنى فيه نقيض التالي، وبينت فيه الملازمة بقياس حملي الصغرى بالفرض، والكبرى بدليل ما ذكر من القياس أيضًا فيقال: الأخذ لو كان عين الشفعة؛ لصح اجتماع الأخذ بالشفعة وعدم الأخذ وذلك محال قطعا؛ لامتناع التناقض وهو باطل فالقدم كذلك فصحت النتيجة وهي الدعوى.

(بيان الملازمة): أنا فرضنا أن الشفعة معروضة؛ أي: محلًا للأخذ ونقضه وهو تركها فالصغرى مسلمة بالفرض، وما كان معروضًا لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما قطعًا، وإلا لاجتمع النقيضان لفرض أن المعروض هو عين أحد المتنافيين مع قبوله للاتصاف بالعارض الآخر، فالجوهر المعروض للحركة والسكون يستحيل فيه أن يكون عين أحد المتنافيين وإلا لزم عين اجتماع الحركة والسكون المتناقضين، والشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ أطلق هنا المتناقضين على ما يعم النقيضين، أو ما يستلزم النقيضين كالمتضادين اللذين ليس بينهما واسطة وتنافيهما لاشتمالها على ما يستلزم النقيضين؛ لأن تضادهما ليس بالذات على ما هو مقرر عندهم، وكثيرًا ما يقع له ذلك إلا أنه عين في مواضع بقوله: النقيض أو ما يستلزم معناه، ولو قال كذلك هنا؛ لكان حسنًا ولما كان كلامه فيه نوع من الإجمال أو الاحتمال.

اعترض عليه تلميذه الشَّيخ الوانوغي رَحِمَهُ اللهُ قال: بعد أن ذكر قوله: (والمعروض لشيئين... إلخ) البحث فيه من وجهين:

(الأول منهما): في صحة جعل الترك نقيضًا للأخذ وفيه نظر؛ لأن نقيض الأخذ لا أخذ ولا أخذ أعم من الترك، وهذا لا شك فيه عند ذوي الأفهام السليمة.

(قُلتُ): ذوو الأفهام السليمة لا يسلمون له هذا البحث المذكور مع شيخه رَحِمَهُ اللهُ؛ ولذا قال المكمل على التكملة رَحِمَهُ اللهُ بعد نقله له وفي النظر نظر؛ لأن الترك له مفهومان أحدهما أخص وهو تصريحه بالإسقاط، وهذا هو الذي نسلم أنه أخص من لا أخذ وأن لا أخذ أعم منه، والمعنى الآخر في معنى الترك عدم الأخذ بالشفعة، وهذا أعم من كونه صرح أو سكت حتى مضى ما يحكم عليه بعدم التمكن من القيام.

قال: وهذا مراد الشَّيخ بقوله نقيض الأخذ؛ لأنه مساو للنقيض الذي هو لا أخذ.

(قُلتُ): فكأنه يقول: إن ترك الأخذ بها الذي هو أعم من إسقاطها، والسكوت عنه مساو لنقيض الأخذ فصح إطلاق النقيض عليه من الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ، وهذا صواب وهو يرجع لما قررناه من إطلاق النقيض على ما يعم النقيض حقيقة، أو ما يستلزم ذلك كالضدين المساويين للنقيض، وهذا موافق لما قررنا به كلامه قبل وقوفي عليه، وحاصله أن نقيض الأخذ يصدق على ترك الأخذ بالمعنى المذكور، وكل منهما مناف للأخذ بالمعنى الأعم مساو لنقيض الأخذ. بقي أن يقال إن كلا منهما مناف للأخذ ليس كذلك؛ لأن السكوت لا ينافي الأخذ المذكور بل السكوت أعم من ذلك، وقد وقع البحث به من بعض الحاضرين، وأجيب عن ذلك بأن المراد بالأخذ بالشفعة: الأخذ الفعلي، وذلك مناف للسكوت وقسيمه والله أعلم.

(الوجه الثاني): من البحث من كلام صاحب التكملة قال رَحِمَهُ اللهُ: ما ألزمه من اجتماع النقيضين في قوله: إن المعروض لشيئين متناقضين لو كان عين أحدهما لزم اجتماع النقيضين غير واضح.

قال: بل إنما يلزم ذلك لو كان المعروض لشيئين بقيد المعية والاجتماع، وإنما اللازم على ما قال كون المعروض أعم غير أعم؛ لأن عين أحدهما لا يصدق على غيره ولا يحتمله، والمعروض مساو له فيلزم عدم تناوله لغيره، وقد فرضناه أعم.

هذا خلف، ألا ترى أن التصديق أعم من عارضية اللذين هما السلب والإيجاب، واللون أعم من البياض والسواد، وإنما اللازم ما قلناه وإنما يلزم الاجتماع على ما قررناه بقيد الاجتماع.

قال: فتأمله بالإنصاف لا بالميل والاعتساف، ثم قال: وإنما جرى في كلامنا البياض والسواد؛ لأن قصدنا مثال نمهد به ما ذكرناه في التصديق وإذا ثبت ذلك ثبت في النقيضين هذا معنى ما أشار إليه صاحب التكملة، ويظهر أنه قصد القدح في الملازمة التي تقدم بيانها، وأن الملازمة لا يصدق معناها كليًا عامًا، وإنما تصدق جزئية فالقصد المذكور في كلامه وهو الاجتماع والمعية لا يستلزم ذلك بل العارضان للمعروض على البدلية.

(قُلتُ): وهو كلام لم يظهر بوجه؛ ولذا صاحب تكملة التكملة لما ذكره قال: ما ذكره من التقييد لا على المعية والاجتماع ليس بصحيح؛ بل كلام الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ صواب وقرره بما معناه أن المعروض إذا فرضناه عين أحد العارضين، فأما أن يمكن عروض العارض الآخر أم لا فإن أمكن عروضه له، وقد فرضناه منافيًا للعارض الآخر فقد اجتمع النقيضان قطعًا، وإن لم يمكن عروضه فيلزم أن لا يكون من عوارضه والتقدير أنه من عوارضه هذا خلف.

قال: وما ذكره الوانوغي رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: ولا يلزم من كون التصديق عين الإيجاب تناقضًا إلخ، فكلام ضعيف لا يخفى ضعفه على من له مشاركة في العلوم النظرية، وهذا الرد ظاهر كما ذكر الراد

(فإن قلت): على تسليم ما أشار إليه صاحب التكملة، وأنه إنما يتقرر ذلك بكونه أعم غير أعم يتم مراد الشَّيخ من اجتماع النقيضين؛ لأن أعم نقيضه لا أعم، فقد اجتمع النقيضان إذا كان المعروض الأعم عين أحد المتضادين بما قررنا فنقول: الشفعة أعم من الأخذ وعدمه فلا يصح أن تكون عين الأخذ؛ لأنه لو صح ذلك لكانت أعم غير أعم وهو متناقض.

قُلتُ: هذا صحيح في نفسه، وليس مراد الشَّيخ الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ باجتماع النقيضين العارضين، وهو وإن صح لم يقصده الشَّيخ والله سبحانه أعلم، ثم نرجع لكلام الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ في أصل كلامه في رده على ابن الحاجب في قوله: إنما يتناول أخذها لا ماهيتها؛ لأن الشفعة إلخ وقرر كلامه بعض فقهاء عصرنا ممن له تمام المشاركة في العلوم بقوله رَحِمَهُ اللَّهُ بقوله: إن الدعوى أن الشفعة غير الأخذ والدليل قياسي اقتراني حملي بينت كبراه بشرطية استثنى فيها نقيض تاليها ينتج نقيض مقدمها، وأشار إلى أن الصغرى في كلام الشَّيخ الشفعة معروضة للأخذ والترك والكبرى والمعروض إلخ، ودليل الكبرى قوله: وإلا اجتمع النقيضان، وتقريره لا يخفى على من له مشاركة.

قال: والصغرى لم يبينها الشَّيخ، ورآها جلية ويظهر من قصد الشَّيخ الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ في كيفية الاستدلال

ما أشار إليه هذا الشَّيخ، وهو خلاف ما قررناه قبل لفظه إلا أن هذا الشَّيخ لم يبين الكبرى وهي محك البحث، ثم إن الشَّيخ الفقيه المذكور رَحِمَهُ اللَّهُ نقل عن بعض الأصحاب أنه انتقد على الصغرى بما حاصله أنه منع صدقها؛ بل المعروض للأخذ والترك هو الشقص لا الشفعة، وسبب عروض الأخذ له هو الشفعة المعرفة بالاستحقاق الخاص كما ذكره الشَّيخ، ويدل على ذلك قولنا: أخذت الشقص بالشفعة، ولا يصح أن تقول: أخذت الشفعة إذ الاستحقاق لا يتعقل كونه مأخوذًا.

ثم رد وغلا وعلا على الإمام بقوله: بعد هذا الكلام، فقوله: معروضة للأخذ لا يخفى سقوطه، وهذا فيه إغلاظ على الإمام السني الشَّيخ السني - رحمه الله ونفع به- فنقول الأدب واجب مع الأئمة السابقين في المعرفة والديانة، وكلام الباحث المذكور كلام من وقف وهمه عند مقتضى اللفظ كأنه لم ير كلام الفقهاء في التعبير عن الشفعة بقولهم أخذ بالشفعة، وأسقط الشفعة، ومسقطات الشفعة، وفي المدَوَّنة وغيرها ما تملأ به الدفاتر في كثرة التعبير، وقد قال في المدَوَّنة: من أخبر بالثمن وسلم، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك فله الأخذ بالشفعة ويحلف وغير ذلك، وقال فيها: إن قال: أخذت بالشفعة بعد علمه بالثمن، وفيها: إن سلم الشفعة لزمه، وقال: فيها المساومة تسقط الشفعة فهذا كله يبين لك أن الشفعة معروضة للأخذ والتسليم نقلًا وعقلًا وليس المراد بالأخذ هنا القبض والمناولة الحسية أو غير ذلك؛ بل المراد القيام مع التمكن من الأخذ وعدم القيام؛ لأنهم يقولون فلان أخذ بالشفعة إذا قام بها ولم يأخذ بها إذا سلمها، والأخذ بالشقص بمعنى القبض بسبب الشفعة، فإذا فهمت هذا علمت أن الباحث تساهل وأطلق اللسان في إنسان عين الزمان، ثم إن الشَّيخ الفقيه رَحِمَهُ اللَّهُ لم يعترض كلام هذا الباحث من الوجه المذكور.

والصواب ما أشرنا إليه؛ بل قال: هذا لا ينتج له في مقصده؛ لأن الأخذ إذا كان من عوارض المشفوع فيه الذي هو متعلق الشفعة كان من عوارض الشفعة، ثم ذكر كلامًا لولا الطول لجلبناه وبيناه، وفيه اعتراضات لا يخفى ذكرها يخرج عن مقصدنا، وإنما أشرنا لهذه النبذة تكميلًا للفائدة والله الموفق للصواب.

فلنرجع لأسئلة ترد على الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ فنقول: (فإن قلت): قد قدم الشَّيخ في حد التفليس أنه قال: حكم القاضي بخلع المال إلخ، وكان الجاري على ما قدم أن يقول في الشفعة أنه الحكم باستحقاق شريك.

(قُلتُ): سر ذلك أن التفليس هو الحكم بالخلع ولا يتقرر بغير حكم، وقد قدمنا هنا أن الاستحقاق هو طلب الشريك لما ذكر أو حالة للشريك، ولا يتوقف ذلك على حكم بوجه وإنما يتوقف على الحكم أخذ الشريك، وقد قالوا: إن العمل على الحكم والأخذ وأنها لا تملك بالإشهاد، وما وقع لابن الحاجب وغيره لا عمل عليه، وقد قدم الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الأخذ لا يصح أن يكون نفس الماهية، وإنما هو عارضها، وما قالوه إن الشفعة تفتقر لحكم؛ معناه: الأخذ بالشفعة وفيه ما لا يخفى مع ما

سيأتي في موجب استحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة فتأمله مع هذا.
(فإن قلت): قد نصوا على أن الموصي يأخذ بالشفعة والأب ومقدم القاضي وليس واحد منهم شريك، فحق الشَّيخ أن يقول أو نائبه.
(قُلتُ): هذا يظهر أنه كذلك، وقد يصرح الشَّيخ في مواضع بالنيابة بعد ذكر الأصل في الحد، ولو قال: ذلك هنا لكان حسنا.
(فإن قلت): أورد بعض شُيُوخ العصر رَحِمَهُ اللَّهُ على الشَّيخ الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ فيما رأيت عنه أن صورة من صور الثنيا ترد على رسمه فيما إذا كانا شريكين في دار، ثم باع أحد الشريكين نصفه لشريكه، ثم التزم له أن يقيله، ثم أقاله على أنه مهما باعه من غيره وأتى بمثل الثمن كان أحق به من المشتري فيصدق عليه رسم الشَّيخ في الشفعة، وهي منصوصة في العتبيَّة في سماع القرينين، وهي ليست شفعة فهل يرد ذلك.
(قُلتُ): لما رأيت عنه هذا السؤال ظهر في الجواب أنه لا يرد؛ لأن المستحق ليس بشريك بل كان شريكًا، فإن أجيب بجواب الشَّيخ ابن عبد السلام في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282] فقد علمت ما تقدم فيه من البحث، ثم رأيت عنه رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: إصلاحه استحقاق شريك من حيث هو شريك.
(فإن قلت): ذكر بعض العصريين من الفقهاء أن حد الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ فيه بحث من جهة أنه أتى بثمرة الشفعة وصيره جنسًا لها، والثمرة خارجة عن المثمر لها قال: ومما يدل على ذلك أن لك أن تقول: استحقاق الشريك مسبب عن الشفعة، والسبب غير المسبب.
(قُلتُ): رأيت في الجواب عن هذا السؤال لبعض الشُيُوخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن قال ما نصه: يمكن الجواب عن هذا الإيراد بأن يقال معنى الاستحقاق كون الشريك أحق بأخذ الشقص بثمنه من المشتري، وكون الشريك أحق هو نفس الشفعة لا مسبب عنها، ثم قال: وفيه بحث.
(فإن قلت): فهل يصح الجواب بذلك؟
(قُلتُ): قد أشار المجيب بأن فيه بحثًا، ولا شك في البحث في هذا من أوجه: الأول: تفسيره الاستحقاق المذكور بما ذكر وهو تفسير لفظ بلفظ أخفى منه، ثم ذكر الأحقية المذكورة فيها ما يوجب الدور مع تفسير الاستحقاق، ثم دعوى المجيب بأن هذا هو عين الشفعة مصادرة في مقام الاستدلال والصواب في الجواب المنع من أن الشفعة تكون سببًا في المذكور؛ بل السبب في ذلك إنما هو ثبوت بيع شريك حصته مع شريك، وذلك البيع سبب في الاستحقاق، والاستحقاق قد قدمنا فيه أحد أمرين، إما طلب حق، وإما حالة للشريك بها يختص بالشقص عن شريكه، فالشفعة هي الاستحقاق المذكور إلخ، فلا تصح السببية المذكورة التي أوردها المعترض بما نصوا عليه بعد في قولهم: موجب استحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة ثبوت ملك الشفيع لشقص شائع، وشراء غيره

قُلتُ: قوله: (جبرًا) يمنع دخوله؛ لأن قدرة كل منهما على الزيادة في ثمنه تمنع كون أخذه منه جبرًا.

وفي كون حكمها تعبدًا أو معللًا بما يأتي نقل ابن العربي عن إمام الحرمين.

وقول ابن رُشْد في أجوبته: أجمع أهل العلم على أنه لأجل ضرر الشريك الذي أدخله البائع، وفيه منافاة لقوله بعد هذا في كونها لضرر الشركة أو القسم قولا المتأخرين.

وتعلقها بمبيع الشريك مشاعًا من ربع ينقسم اتباعًا، ولا تتعلق بعرضٍ.

شقصًا آخر منه، وقد ذكره الشَّيخ، وهذا يمنع أن الشفعة سبب في الاستحقاق فتأمله.

(فإن قلت): هل يصح أن يقال: بأن الشفعة صفة حكمية توجب استحقاق إلخ.

(قُلتُ): لما قوي السؤال عند المورد أولًا صوب الرسم بهذا واعترض عليه الشَّيخ المذكور أولا رحمه الله بأن ذلك يجري عروضه في كل شيء، ومعنى ذلك أنه يلزم أن يقال ذلك في كل رسم، وهذا عندي فيه نظر لا يخفى لما بيناه في أول التأليف من أن الشَّيخ يحافظ على مقولة الحد مع محدوده ما أمكنه جريًا على القواعد العقلية في الرسوم، ولا يلزم اطراد ذلك إلا فيما يشبه المقولة من الصفات فنقول هنا: عين الشَّيخ رحمه الله الجنس بالاستحقاق لا بالصفة الحكمية؛ لأن الشفعة محكوم بها شرعًا فيقال: القاضي حكم بها، القاضي أبطلها، ومتعلق الحكم ليس هو الصفة الحكمية كما هو مقرر في غير هذا؛ فلذا عين ما رأيت هنا، وخص في الطهارة ما ذكر هناك، وهذا لا يخفى ما فيه من البحث؛ لأن لقائل أن يقول حكم القاضي إنما تعلق بإلزام أخذ الشقص أو التمكن منه، فليس فيه ما يرد على الباحث ما ذكر، وما ذكره المورد في رسمه من ذكر الاستحقاق ظاهر أنه قصد بالاستحقاق الطلب والصواب حمل الاستحقاق في كلام الشَّيخ على المعنى الثاني الذي قدمناه واخترناه، وذلك في الحقيقة يرجع إلى الصفة الحكمية، فأول مراد الشَّيخ ذلك، وعدل عن الصفة الحكمية لذلك والله أعلم، واعترضه أيضًا بأن ذلك لا يصح؛ لأن الشَّيخ إنما يقول صفة حكمية حيث تكون الصفة تلزم حصول سبب للمتصف بها كالتوضي في الطهارة، والتوجه مع النيَّة في الإحرام والتلفظ في الطلاق والقبول في القضاء، والشفعة هنا لا يتقرر فيها ذلك، وفيه بحث لا يخفاك، والصواب في الجواب ما قلناه، ورأيت للشيخ المذكور إن قال: يصح في الشفعة أن يقال فيها: كون الشريك من حيث هو شريك أحق بأخذ مبيع شريكه بثمنه فتأمله، ففيه نظر لا يخفى والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

ابن حارث: اتفقوا في إسقاط الشفعة في العروض والأمتعة وما يشبه ذلك.

أبو عمر: منهم من أوجبها لكل شريك في الحيوان والعروض وغيرها، قاله بعض أهل مكة، وهو قول شاذ، ورووا فيه حديثًا منقطعًا.

ابن زرقون: حكاه الإسفراييني عن مالك، وهذه القولة لا يعرفها أصحاب مالك، ولعله رأى قول مالك في الحائط يباع شقص منه، وفيه الحيوان والرقيق أن فيه الشفعة في جميع ذلك فظن أن مالكًا يقول بالشفعة في كل شيء، أو رأى قوله في الثوب المشترك أو غيره من العروض إذا أراد أحدهم البيع: أن شريكه أحق بها وقفت عليه من الثمن فظن ذلك، أو قوله في الشجر: تباع بأصلها من الأرض الشفعة.

قُلتُ: في قصرها على الأرض وما حكم بتبعيته لها مطلقًا أو ما لم يتخذ للغلة كالفرن والفندق، ثالثها: هي فيهما، وفي العروض لمعروف المذهب، واللخمي عن مقتضى رواية ابن شعبان: لا تكون فيما لا يسكن من مشاع وربع، ورواية الإسفراييني: وعلى المعروف.

ابن حارث: اتفقوا في الشقص من الحائط يباع بما فيه من النخل أن فيه الشفعة، واختلف في النخلة الواحدة، روى ابن القاسم: لا شفعة فيها، وقال أشهب وابن الماجِشُون وأَصْبَغ: فيها الشفعة.

أَصْبَغ: ذكرًا كان ذلك أو أنثى.

محمد: إن قسمت الشجر فلا شفعة في فحل النخل.

الباجي: ولا في ذكار الشجر، وإن كانت مشاعة، ففي الفحل والذكار الشفعة وهو كالبئر والعين، لا شفعة فيهما إلا أن تكون الأرض مشاعة.

وفي المقدمات: ما لا ينقسم اختلف فيه أصحاب مالك، قال بعضهم: لا شفعة فيه كالشجرة، وهو قول مُطَرِّف، وقال أشهب وابن الماجِشُون وأَصْبَغ: فيه الشفعة، وهو أحد قولي ابن القاسم؛ لأنه قال في المدَوَّنة: إن بيعت الرحا بأصلها ففي الأرض والبيت الذي وضعت فيه الشفعة بما ينوبها من الثمن.

وسمع يحيى ابن القاسم: لا شفعة في مناصب الأرحى.

قال في البيان: هذا خلاف قوله في المدَوَّنة في أصل الرحا وبيتها، وعلى قوله في المدَوَّنة: إن بيعت الرحى بأصلها ففي الأرض والبيت الذي وضعت فيه الشفعة فيما ينوبها جرى العمل عندنا في الرحا لا يقسم محلها، وفيه الشفعة، والسماع المذكور هو في كتاب السداد والأنهاروالبئر.

قال ابن رُشْد: إن بيع شقص منها مع الأصل أو دونه ولم تقسم الأرض ففيه الشفعة اتفاقًا، وإن بيع بعد قسم الأرض ففيها لا شفعة فيها.

وسمع يحيى ابن القاسم: فيها الشفعة، فقال ابن لبابة وسَحنون: ليس ذلك باختلاف، واختلفا في وجه الجمع بينهما فقال سَحنون: معنى قولها أنها بئر واحدة فلا شفعة فيها؛ لأنها لا تقسم، وسماع يحيى في آبار كثيرة: تقسم.

وقال ابن لبابة: معنى قولها في بئر لا بناء لها ولا أرض، ومعنى سماع يحيى: أن لها بناء وأرضًا مشتركة يكون فيها القلد، وقال القاضي أبو الوليد: هو اختلاف قول جار على الخلاف فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة، وقال من أدركت من الشُيُوخ: أنه اختلاف جار على قولي مالك فيما هو متعلق بالأرض متشبث بها كالنقض، والنخل دون الأصل والكراء وشبهه، والرحا إن بيعت مفردة دون الأرض لا شفعة فيها.

ابن حارث وابن رُشْد في رسم العتق من سماع عيسى: اتفاقًا.

وفيها: ليس في رحا الماء شفعة، وليست من البناء وهي كحجر ملقى، ولو بيعت مع الأرض أو البيت التي نصبت فيها ففيها الشفعة دون الرحا بحصة ذلك، وسواء جرها الماء أو الدواب.

ومثله سمع أبو زيد ابن القاسم.

ابن رُشْد: قوله: (لا شفعة فيها إذا بيعت مع الأصول) خلاف سماع عيسى ابن القاسم في رقيق الحائط: يباعون مع الحائط.

قُلتُ: يرد ما زعمه من المخالفة من أن الحائط يحتاج لرقيقه، فرقيقه تبع له فصارت كجزء منه، وأرض الرحا بالعكس.

ابن حارث: إن باع الرحا بما تحتها من الأرض فذكر قولها وسماع أبي زيد.

قال: وقال أشهب: الشفعة في جميع ذلك، ألا ترى أن الشفعة في رقيق الحائط فكيف بالرحا مع الأرض، وقاله سَحنون.

قُلتُ: يرد قياسه بما رد به كلام ابن رُشْد.

عياض: قيل معنى نفي الشفعة إنما هو في الحجر العليا، وأما السفلى فداخلة في البناء وفي جملة الأرض، وظاهر قولهم لا فرق بينهما في ثبوت الشفعة وفي نفيها، وأشار الباجي إلى أن الخلاف إنما هو في حجر الرحا دون موضعها، خلاف ما أشار إليه التونسي، وكذا قالوا يختلف فيها إذا بيع حجرها وهي مبنية، وهو ظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم.

قُلتُ: ففي نفي الشفعة فيها، ثالثها: في حجرها العليا لها، ولأشهب مع ابن القاسم في كتاب ابن إسحاق، ورواية ابن وَهْب وبعض الشُيُوخ.

وفي كون الخلاف في حجر الرحا دون محلها أو فيهما:

نقل عياض عن الباجي والتونسي: وفي كون الخلاف فيها ولو بيعت دون محلها إن كانت مبنية ونفيها اتفاقًا، نقله عن بعضهم، ولو بيعت غير مبنية فلا اتفاقًا.

قُلتُ: القول بأن الخلاف إنما هو في الحجر العليا هو قول عبد الحق وبعض شُيُوخه، ولما ذكر الشَّيخ سماع أبي زيد قال: وقال أشهب وعبد الملك: إن نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة، وإن نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة باع أحدهما حصته من الرحا أو منها ومن البيت.

قال أشهب: إنما الرحا التي لا شفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض وما ردم في الماء وجعل عليه، فإن كان متصلًا بالأرض فله حكمها، وإن لم يتصل فلا شفعة.

قال: فإن باع الرحا بموضعها من العرصة فقط خير شريكه، إما أن يجيز بيع حصته أو يأخذ بالشفعة حظ شريكه، فإن أبى إلا فسخ البيع قاسمه، فإن طار للبائع موضع الرحا نفذ بيعه، وإن وقع لشريكه فسخ بيعه.

قال في الموازيَّة: إن باع حظه من الرحا فقط دون موضعها من الأرض أو حظه من

خشب في الدار فلشريكه الشفعة إن أجاز بيع حظ شريكه، وإلا فله فسخه إلا أن يقاسمه الشريك، فإن أخذ ذلك بالشفعة كانت الرحا أو خشب البيت له خاصة، فإن اقتسما الدار قسماها بغير خشب ولا رحى، فإن صار ذلك في حظه أبقاه، وإن صار لشريكه نزع ذلك عنه.

قال محمد: وإن لم يأخذ ذلك الشفيع وسلم فسخ البيع؛ لأنه اشترى ما يدخل في القسم مع غيره ولا يدري ما يقع له.

عياض: اختلف الشُيُوخ في الدار إذا بيعت وفيها مطاحن، فاتفقوا أنها إن كانت غير مبنية أنها للبائع، وإن كانت مبنية فالسفلى للمشتري، واختلف في العليا، وهذا يرد قول من جعلها كعرض ملقى.

الصقلي: قال أشهب: رحا الماء والدواب سواء إن نصباها فيما يملكانه إن باع أحدهما مصابته فلشريكه الشفعة، وإن شاء فسخ البيع إلى أن يدعوه البائع إلى المقاسمة فلا يفسخ حتى يقاسمه، فإن صار موضع الرحا للبائع جاز بيعه، وإن صار لشريكه انتقض بيعه، قال: ولم يصب من قال: لا شفعة في الرحا ولم يجعله كالبنيان، وهو في البنيان أثبت من الأبواب التي إن شاء قلعها بغير هدم، وإن شاء ردها بغير مؤونة، وفيها الشفعة إن بيعت مع الدار أو وحدها، والشفعة في جدر الحائط ورقيقه فكيف في الرحا.

وفيها: قال مالك: في قوم شركاء في ثمرة والأصل لهم أو بأيديهم مساقاة أو حبسًا عليهم إن باع أحدهم حظه من الثمرة، وقد حل بيعها فلشركائه في الثمرة الشفعة.

قال مالك: ما علمت أحدًا من أهل العلم قبلي قال: في الثمرة الشفعة، ولكنه شيء أستحسنه، والزرع لا يشبه الثمرة عندي.

قال ابن القاسم: وبلغني عنه وهو رأي أن ما بيع من الثمار مما فيه الشفعة كالثمر والعنب، والثمار كلها سوى الزرع مما ييبس في شجره يباع نصيبه إذا يبست فلا شفعة فيه مثل الزرع.

الباجي: إن لم يكن الأصل بينهما فقال أشهب: في الثمرة الشفعة، وقاله مالك وابن

القاسم في المدَوَّنة، ولأشهب في الموازيَّة: إن قسمت الأرض دون الثمرة.

ابن زرقون: ثم باع حظه من الثمرة فلا شفعة بعد الطيب كالبئر بعد قسم الأصل، هذه الزيادة من النوادر.

الباجي: عن محمد: فيها الشفعة إن كان الأصل بينهما.

قال القاضي: الروايتان في ثبوتها ونفيها إن كان الأصل بأيديهم بملك أو حبس أو مبتدأ بشراء.

روى ابن القاسم: الشفعة في العنب.

ابن القاسم: وكذا المقاتي، ولا شفعة في البقول؛ يريد: كل ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة، وسمع ابن القاسم: لا شفعة في الزرع؛ لأنه لا يباع حتى ييبس.

ابن زرقون: يتخرج فيه الخلاف من جواز بيعه إن أفرك، وعلى فوته بالعقد، رواه محمد، ورده ابن عبد السلام باحتمال كون المجيز بيعه بالإفراك لا يجيز الشفعة في الثمر، يرد بأنه تخريج باعتبار مدرك الحكم دون تعيين قائله، وما ذكره ابن زرقون من التخريج في الزرع سبقه به ابن رُشْد في سماع أشهب.

اللخمي: في الشفعة في الثمار بيعت مع الأصل أو دونه، والشفيع شريك في الأصل أو لا نفيها مطلقًا، ثالثها: إن بيعت مع الأصل وإلا فلا لمالك قائلًا: ما علمت قوله لأحد لكني أستحسنته، وابن الماجِشُون وأشهب.

اللخمي: إن باع حظه من الحائط بثمرة فالشفعة فيهما لا في أحدهما، وإن باع حظه من الثمر من رجلين ولم يأخذ الشفيع بالشفعة ثم باع بعد ذلك أحد الشريكين حظه، كانت الشفعة على قول ابن القاسم لشريكه في الثمرة ولمن لم يكن باع، وعلى قول أشهب لشريكه في الثمرة فقط؛ لأنه معه كأهل سهم، فإن سلم فالشفعة لمن له الأصل، وإن باع حظه من الأصل والثمرة فالشفعة في الثمرة وحدها، ولا مقال لمشتري ذلك الأصل إن قال: نأخذ الجميع أو لا ندع ولا يبعض على الصفقة؛ لأنه لا شركة لهما في الأصل، وكذا إن كان حائطًا بين رجلين فساقى أحدهما حظه من رجل فلشريكه الشفعة، فإن لم يأخذ ثم باع أحد المساقيين حظه بعد الطيب، فالشفعة على قول ابن

القاسم للمساقي والشريك في الأصل، وعلى قول أشهب للمساقي الآخر وحده، وإن سلم كانت للشريك في الأصل، وإن باع الشريك في الأصل فالشفعة للمساقيين، وإن كان الحائط لرجل واحد فساقاه رجلين فالشفعة في بيع أحدهما لشريكه، فإن سلم فرب الأصل، وفي بيعه هو لهما.

وعن مالك: من ساقى حائطه رجلًا على أن له الربع ثم باع رب الحائط حظه من الثمرة أن للمساقي الشفعة.

قال: وكل من له شرك في الثمرة فله الشفعة مساقى كان أو غيره، وسمع أبو زيد رواية ابن القاسم: لا شفعة في الزرع.

ابن رُشْد: هذا هو المشهور، ويتخرج ثبوتها فيه، وإن يبس ما لم يحصد من ثبوتها فيه في الثمرة ما لم تجذ، وهو ظاهر سماع أشهب أنها في كل ما أنبتت الأرض.

والمنصوص في البقول أن لا شفعة فيها، ويتخرج وجوبها فيها من وجوبها في الثمرة ما لم تجد، وفي الزرع ما لم ييبس، ومن ظاهر قول أشهب: هي في كل ما أنبتت الأرض.

قُلتُ: ففي ثبوت الشفعة في بيع التمر مجردًا، ثالثها: إن كان الأصل بينهما للمشهور، وابن الماجِشُون محمد مع دليل قول أشهب: بسقوطها بقسم الأرض.

وفي الزرع تخريج ابن رُشْد: من ثبوتها في الثمرة، ولو يبست ما لم تجد مع ظاهر سماع أشهب: الشفعة في الأرض وكلما أنبتت، وسماع أبي زيد رواية ابن القاسم.

[illegible] التخريج والسماع المذكور، وفيها: إن اشترى النخل، وفي رؤوسها ثمر أزهى فالشفيع يأخذها بالشفعة إذا أدرك الثمرة.

عياض: قال بعضهم: فرق بينهما إذا اشتراها مع الأصل.

قال: يأخذها ما لم تجد، وإن اشتراها بغير أصل.

قال: الشفعة فيها ما لم تيبس، وعلى هذا حمل قوله في الكتاب، وقال آخرون: هو اختلاف قول في الوجهين، وظاهر اختصار ابن أبي زَمَنَيْن وابن أبي زيد وغيرهم التسوية بين هذه الوجوه، وأن الشفعة فيها ما لم تيبس؛ لكن ابن أبي زَمَنَيْن قال: وفي

بعض الروايات: فإن كان بعد يبس الثمرة وجدادها فنبه على الخلاف في الرواية.

ولابن رُشْد في سماع أبي زيد: المشهور أن فيها الشفعة ما لم تيبس وهذا نصها، ودليل سماع عيسى ابن القاسم، ولابن القاسم: أن فيها الشفعة وإن يبست ما لم تجد إن اشتراها مع الأصل بعد الطيب ولا فرق، فهو اختلاف قول.

قُلتُ: قد يفرق بأن بقاءها في الأصل ولو يبست أوجب تبعيتها له لاتصالها به، قال: ومعنى يبسها هو حضور وقت جدادها للتيبيس إن كانت تيبس أو للأكل إن كانت لا تيبس، وكذا هو نص لابن كنانة فهو تفسير لقول ابن القاسم.

قُلتُ: ظاهر الروايات في غير هذا الموضع أن يبسها ارتفاع منفعتها ببقائها في أصلها لا حضور وقت قطافها، قد يحضر ويكون لبقائها زيادة منفعة كالعنب والرمان عندنا.

الباجي: روى ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة في الثمرة، أشهب: لأنها تنقسم بالحدود كالأرض؛ يريد: إذا قسمت في النخل قبل الجد، وروى أشهب: ما لم تزايل الأصل.

ولابن القاسم في المدَوَّنة ما لم تيبس أو تستجد، ولمحمد عن ابن الماجِشُون لا شفعة فيها ورواه القاضي، هذا إن أفردت بالبيع، وإن بيعت مع الأصل فقال القاضي: يأخذها الشفيع مع الثمرة ولو جدت، وللمشتري ما سقى وأنفق، وهذا يحتاج لتفصيل، فإن اشترى النخل ولا ثمر فيها فقام الشفيع قبل الإبار فالثمرة له مع الأصل اتفاقًا.

قُلتُ: لقولها في السلم؛ لأنها قبل الإبار كجزء من النخل.

قال: وإن قام بعد الإبار فله أخذها مع الأصل عند ابن القاسم، ولمحمد عن أشهب: إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبرها المبتاع فللشفيع الأصل دونها؛ لأن الشفعة بيع ومأبور الثمر للبائع، وقال ابن القاسم في المدَوَّنة: هو قول بعض المدنيين، وعلى أنها تبع للأصل، فقال ابن القاسم في الموازيَّة والمجموعة: عليه مع الثمن ما أنفق المشتري وسقى وعالج.

وقال أشهب: يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف، ولو قال قائل: له قيمة ما أنفق لم أر به بأسًا، وقال عبد الملك في الكتابين: وقاله سَحنون: لا شيء على الشفيع إلا الثمن؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بما له عين قائمة.

قُلتُ: ما ذكره هو نقل الشَّيخ في نوادره وترك منه قول الشَّيخ إثر قول أشهب: لم أر به بأسًا.

ما نصه قال محمد: إنما يأخذها بقيمة ما أنفق.

الباجي: قال ابن القاسم: إن فاتت الثمرة بالجد أو اليبس أخذ الشفيع الأصل، بكل الثمن لا يوضع عنه شيء للثمرة، ولا حصة لها من الثمن يوم الصفقة، وإن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة فعلى قول ابن القاسم فيها حكم الشفعة ما لم تيبس، فإن يبست فلا شفعة، ويقسم الثمن على الأصل والثمرة فيأخذ الشفيع الأصل بمنابه، وإن اشتراها مزهية فقال أشهب: للشفيع أخذ الأصل دون الثمرة بناء على أن الثمرة لا شفعة فيها.

وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: فيها الشفعة.

قال محمد: روى ابن القاسم: الثمرة للشفيع ما لم تيبس أو تجد، فإن جدت حط عن الشفيع حصتها من الثمن، وقال مرة: يأخذها بالشفعة وإن جدت أو يبست إن كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة، واشترطها المبتاع، رواه عن مالك، وقاله أشهب ومحمد، وإن قلنا إن الثمرة للمشتري بالجد أو اليبس، فروى ابن القاسم: أنه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن.

وقال ابن الماجِشُون في الثمرة المأبورة: إن لم يقم الشفيع حتى زايلت الأصل فلا يحسب، وكذا يقال أنها تباع مع النخل بطعام إلى أجل، ولا حصة لها من الثمن.

ابن زرقون: قال ابن عبدوس: ذهب سَحنون إلى هذا فقلت له: فهي إذا هبة فسكت.

الباجي: وقال ابن عبدوس: لها حصة من الثمن لكنها تبع، واختلف فيها قول سَحنون.

ابن زرقون: تحصيله أن في فوت الثمرة قولين، وعليه يرد المكيلة أو القيمة أو الثمن، وهو قول أشهب، وعلى الفوت فقال: مرة بالجد أو اليبس، ومرة لا تفوت إلا أن تجد، ولا يعرف كيلها أو تجد قبل طيبها، فإن فاتت فقال مالك: يحط عن الشفيع مناب الثمرة.

وقال ابن الماجِشُون: لا يحط عنه شيء، وأما الزرع فقال الباجي: من اشترى أرضًا فزرعها، وقام الشفيع قبل أن ينبت الزرع أخذها بزرعها بالثمن، وقيمة الزرع على الرجاء والخوف، ولو قيل: بالثمن وبما أنفق لم أعبه بل هو أقيس، واستحسن الأول.

قال محمد: بالثمن وبقيمة ما أنفق من بذر وعلاج، وقال ابن القاسم: يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلًا لم تؤبر فأخذ الشفيع بعد الإبار.

قُلتُ: كذا وقع في المنتقى وابن زرقون القول الأول غير معزو، وذكر قول ابن القاسم إثر قول محمد، وتصوير المسألة دون فرضها في الاستحقاق عسير؛ لأن المشتري إن زرع دون إذن شريكه فهو متعد، وبعد إذنه تبطل شفعته، ولم أجد المسألة في النوادر على ذلك؛ بل نصها: قال في الموازيَّة: من اشترى أرضًا فزرعها ثم استحق نصفها، وقد ظهر الزرع فلا شيء له منه فيما استحق واستشفع، وله حصة كراء ما استحق في الإبار، وإن لم يخرج من الأرض فهو للشفيع، وقاله أشهب.

قال في المجموعة: يأخذه بثمن الشقص، وقيمة الزرع على الرجاء والخوف كأنه قارنها في الشراء الآن، ولو قيل: فذكر ما تقدم إلى آخر قول محمد، ولم يذكر لابن القاسم شيئًا.

وقال: قال ابن عبدوس: قال سَحنون: هذا مخالف لطلع النخل؛ لأن من زرع أرضًا ثم استحقت بعد ظهوره فالزرع لزارعه، وابن القاسم يرى الأخذ بالشفعة كالاستحقاق؛ لأنه جعل الثمرة وإن أبرت للشفيع كالاستحقاق، فإذا أخذ الأرض بالشفعة فلا شيء له في البذر كالمستحق، وأشهب يرى الأخذ بالاستحقاق كالبيع، يرى البذر للشفيع؛ لأنه لا يستثنى في البيع.

قُلتُ: فقوله: عن ابن القاسم: لا شيء له في البذر، خلاف نقل الباجي عنه أنه يأخذه، وقبله ابن زرقون، وتبعه ابن عبد السلام.

الباجي: ولو اشتراها بزرعها فقام الشفيع قبل نبات الزرع، فعلى قول ابن القاسم: لا شفعة في الزرع جملة، وعلى قول أشهب: فيها الشفعة، ويحتمل قول ابن القاسم أنه يأخذ الأرض بالشفعة وإن لم ينبت الزرع على القول أن الشفعة كالاستحقاق، ويحتمل أن ليس له أخذها بالشفعة حتى ينبت الزرع على القول أنها كالبيع، فإن قام الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم، ولأشهب في الموازيَّة: له الشفعة إن قام والزرع أخضر في الأرض والزرع جميعًا؛ بل ليس له إلا ذلك.

وقال في موضع آخر: له الشفعة في الأرض دون الزرع، وأنكر سَحنون قول أشهب في الزرع، وقال بقول ابن القاسم.

ابن شاس: آثر ذكره الخلاف في الشفعة في الثمرة، واختلفا أيضًا في كتابة المكاتب.

وتبعه ابن الحاجب، ومقتضاه أن أحد الشريكين في عبد كاتباه أنه إن باع أحدهما حظه من الكتابة على أحد الأقوال بجواز ذلك أن لشريكه فيه الشفعة، ولا أعرفه، وإنما وقع في المذهب كون المكاتب أحق بما بيع من كتابته حسبما في كتاب المكاتب من المدَوَّنة، وأمهات الأولاد في السيد يطأ أمة مكاتبه فتحمل منه وهو عديم وغيرهما.

ولابن حارث في كتاب الشفعة: إنما كان ذلك لحرمة العتق كالتقويم والتكميل والتبدئة على الوصايا، ولابن رُشْد في رسم نذر من سماع ابن القاسم من كتاب المكاتب: في منع بيع بعض الكتابة وجوازها مطلقًا.

ثالثها: إن كانت لرجل واحد، وإن كانت بين اثنين جاز بيع أحدهما حظه منها لسماع ابن القاسم مع مالك في سماع يحيى وسَحنون وابن القاسم في العشرة، وأَصْبَغ مع سَحنون في هذا السماع والموطأ لقوله فيه: إن باع أحد الشريكين في الكتابة حظه منها لم يكن للمكاتب في ذلك شفعة؛ لأنه يصير كالمقطاعة، وليست له بذلك حرمة، ولو بيعت الكتابة كلها فأحسن ما سمعت أنه أحق باشتراء كتابته إن قوي على ثمنها نقدًا؛ لأنه عتاقة، ومعنى ذلك أنه أحق بما يعطى فيها ما لم ينقد بيعها على ما قاله في سماع

ابن القاسم من العتق فيمن تحته امرأة ثلثها حر وباقيها رقيق وله منها ولد أنه أحق بهم بالثمن الذي يعطى فيهم إن أراد سيدهم بيعهم، ومثله لمالك في سماع عيسى من كتاب النكاح.

ومن سماع أشهب: من المكاتب ما ظاهره أنه أحق بكتابته بعد نفوذ بيعها مثل ما لابن حبيب عن رواية مُطَرِّف، وعن ابن الماجِشُون وأشهب وابن وَهْب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، وحكى عن رواية ابن القاسم أن ذلك حسن ولا يقضى به.

قُلتُ: ما عزاه لظاهر سماع أشهب، قال فيه: هو نص قول الغير في أوائل أمهات الأولاد في أمة المكاتب تحمل من سيده وهو عديم فتباع كتابته، وسمع عيسى رواية ابن القاسم في كتاب النكاح في أمة تحت حر لها منه أولاد أرادوا بيعها وولدها؛ زوجها أحق بهم بما أعطى فيهم من غيره.

ابن رُشْد: لأن منعه من ذلك إضرار به دون منفعة لبائعهم، ولو باعوها وحدها دون ولدها لم يكن أحق بها إلا أن تكون حاملًا، إذ لا تكون له أم ولد إذا اشتراها، وإن كانت ولدت أو منه قبل الشراء إلا أن يشتريها وهي حامل منه وفيه خلاف، روي عن مالك: لا تكون أم ولد حتى يكون أصل حملها بعد الشراء، وكذا يجب في كل شيء مشترك فيه لا شفعة فيه إن باع بعض الشركاء أنصباءهم إن لم يف أخذ ذلك بالثمن الذي يعطى فيه ما لم ينفذ البيع.

ابن رُشْد في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من أكرية الدور: اختلف قول مالك في الشفعة في الكتابة والدين يباعان؛ هل يكون للمكاتب والمدين شفعة في ذلك؟ فقال: به مرة، وقاله الأخوان، وابن وَهْب وأَصْبَغ وابن عبد الحَكم وابن حبيب، وروى ابن القاسم استحسانها دون قضاء.

ابن حارث: قال ابن القاسم: لا شفعة في الدين، ولا يكون المبيع أحق به إن بيع، أشهب: وهو أحق به للضرر الذي يدخل عليه يأخذه بقيمة العرض إن كان الثمن عرضًا وبعدده إن كان عينًا، ومثله لأبي عمر.

الشَّيخ: في المجموعة روى ابن القاسم وأشهب: من باع دينًا له على رجل لا

يكون من هو في ذمته أحق به بالشفعة، وبيعه نافذ إلا أن يبيعه من عدوه ونحوه من الضرر.

قال في الموازيَّة: لم يقل أحد في الدين بالشفعة، لكن الذي هو عليه أحق به للضرر.

قال مالك: إنه لحسن أن يكون أحق به ولا يقضى به.

أشهب: هو فكاك من رق الدين الذي عليه.

وفي كتاب السلم الثاني منها: إن أسلم رجلان إلى رجل في طعام أو عرض فأقاله أحدهما أو ولى حصته رجلًا ولا شركة بينهما جاز، ولا حجة لشريكه عليه، وإنما حجته على البائع.

فوقع في بعض التعاليق ما نصه: أقام الشُيُوخ منه أن في الدين الشفعة، وهو قول عيسى في كتاب الجدار، وفي أحكام عبد الحق: روى عبد الرزاق بسنده إلى عمر بن عبد العزيز ﷺ **أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين**[1]، وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به.

زاد في طريق آخر: إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه، وتعقبه ابن القطان بأنه لم يبين من حال الزيادة أنها منقطعة قبل الوصول إلى مرسلها.

ابن حارث: اختلف في الشفعة في الكراء.

ابن القاسم: إن اكترى رجلان دارًا أو أرضًا ثم أكرى أحدهما حظه فلا شفعة لشريكه، وقاله سَحنون، ولابن القاسم في المستخرجة: له الشفعة، وقاله أشهب.

قال: وكذا إن أكرى أحد الشريكين في دار حظه منها فلشريكه الشفعة.

ابن رُشْد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجِشُون وابن عبد الحكم، وبنفيها فيه قال ابن القاسم ومُطَرِّف وأَصْبَغ وابن حبيب.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: رقم (14433) كتاب البيوع باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة.

الصقلي: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء وقول أصحابه، روى ابن القاسم القولين، وروى ابن وَهْب: لا شفعة فيه، وقاله المغيرة.

أشهب: وللشريك أن يسلم الشفعة ويقاسمه السكنى، وله أن يقاسم شريكه في الأصل، فإن وقع نصيب المكتري على غير استواء فالمكتري مخير في التماسك والرد إن وقع له أقل من نصف الدار في الانتفاع لا في القيمة.

وكذا رجلان إن اكتريا دارًا فأكرى أحدهما حظه فلصاحبه الشفعة دون رب الأصل، فإن سلم فرب الأصل أحق، ولو أكرى رب الدار منها شيئًا مقسومًا فلا شفعة له فيه إن أكراه مكتريه، كما لو باعهما ذلك مشاعًا ثم باع أحدهما حظه فشريكه المبتاع أشفع من رب الأصل، فإن سلم فذلك لرب الأصل.

الصقلي: هذا على أصل أشهب الذي يجعل المشتريين كورثة، وابن القاسم يراهم والبائع سواء.

الشَّيخ عن محمد: لو كان الأصل لواحد فأكرى نصفه مشاعًا، ثم أكرى المكتري غيره فلرب الأصل الشفعة.

اللخمي والصقلي والشَّيخ: قال محمد: لو ساقى أحد الشريكين في النخل حظه منها فقال أشهب: لا شفعة لشريكه في ذلك، وأظن ابن القاسم يرى له الشفعة، وجدته في كتابي، ولا أدري ممن سمعته.

زاد الشَّيخ عنه: لو ساقى أحدهما فلشريكه الشفعة، فإن سلم ذلك للمساقي، ثم ساقى المساقي غيره فلرب الأصل الشفعة، ولو كان الأصل لواحد فساقى نصفه مشاعًا، ثم ساقى المساقي غيره فلرب الأصل الشفعة.

والشفعة في النقض المبيع مع أصله:

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قال: وفي جواز بيعه دون أصله على قلعه قولا ابن القاسم وسَحنون مع أشهب، وعلى الأول كمستحق نصفه من مشتريه أو مشتري حظ أحد الشريكين فيه دون أصله مشاعًا لتساويه في الشفعة فيه قولان قائمان منها، ولو باع أحد مستعيري عرصة بنياها

حظه من نقضها فربها أحق به.

وفي كون أخذه من مبتاعه أو بائعه بفسخ بيعه قولان، فعلى الأول بكونه بقيمته مقلوعًا أو ثمنه، ثالثها: بالأقل منهما، وعلى الثاني في كونه بالقيمة أو الأقل قولان، كل ذلك تؤول عليها، وأظهرها إنما يأخذها من البائع بالأقل.

والأقيس أخذها من المبتاع بالقيمة، وتحصيل شرائه على الهدم والنخل على القلع في ست مسائل: الأولى: إن استحق أرضًا بيع نخلها أو نقضها على القلع في صحة بيعه، القولان على الأول: للمستحق أخذهما بقيمتهما مقلوعين فيها لنفي الضرر لا بالشفعة وتركهما، وعلى الثاني: يفسخ بيعهما، ولا سبيل عليهما للمستحق.

وقال سَحنون: إن كان بائعهما غاصبًا فللمستحق أخذهما بقيمتهما مقلوعين أو أمره بقلعهما، وإن كان مشتريا فللمستحق أخذهما بقيمتهما قائمين ويرجع المشتري بثمنه، فإن أبى فللبائع إعطاء المستحق قيمة أرضه براحًا، فإن أبى كانا شريكين البائع بقيمتهما قائمين ورب الأرض بقيمتهما، وينتقض شراء المشتري فيما صار مستحق الأرض من النقض، ويمضي فيما صار منه للبائع إن صار له جلها لم يكن للمشتري أن يمسكه وإن كان جزءا معلومًا؛ لأن ما يصير له بالقسم منه مجهول إذ لا يقسم إلا مع الأرض على خلاف في هذا الأصل في غير ما كتاب منها.

وإن استحق نصف الأرض فللمستحق أخذ نصف النقض بقيمته مقلوعًا على قول ابن القاسم، والنصف الثاني: قول عبد الحق عن بعض شُيُوخه أنه يأخذه بالشفعة بنصف الثمن غير صحيح، إذ لا تجب الشركة بينهما فيه إلا بعد البيع فلا شفعة، والصحيح أخذه بقيمته مقلوعًا لقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**.

قُلتُ: الأظهر قول عبد الحق؛ لأن أخذ المستحق ما قابل نصف الأرض المستحق من النقض إنما هو سبب استحقاقه نصف الأرض فكأنه استحقه عملًا بإعطاء التابع حكم متبوعه في غير ما مسألة، وذلك ملزوم لتقرر شركته قبل البيع حكمًا فتجب له الشفعة في نصفه، وقوله: يأخذها لنفي الضرر، غير صحيح؛ لأن ذلك إنما هو في نقض يكون عرصته ملكًا لآخذه، وعرصته هنا إنما هي للمستحق من يده لا للمستحق

فتأمله منصفًا.

الثانية: إن اشترى النخل أو النقض على القلع، ثم اشترى الأرض فاستحقت رجع على البائع بثمن الأرض، والحكم بينه وبين المستحق في الأنقاض والنخل على ما في الأولى من قولي ابن القاسم وسَحنون.

الثالثة: إن اشترى الأرض ثم النقض فاستحقت الأرض لم يأخذ المستحق النقض على قول ابن القاسم إلا قيمته قائمًا؛ لأنه زاد في ثمنه لتبقيه في أرضه، حكاه عبد الحق وهو صحيح، فإن أبى فللمشتري إعطاء قيمة أرضه براحًا، فإن أبى كانا شريكين كما مر.

وعلى قول سَحنون: إن كان البائع غاصبًا فللمستحق أخذ النقض بقيمته منقوضًا وينقض بيعه ويرجع عليه مشتريه بثمنه، فإن أبى مضى بيع النقض لمشتريه، فإن لم يتفقا على أمر بينهما بيعت الدار وقسم ثمنها على قيمة العرصة والنقض قائمًا، وإن كان بائع النقض مشتريًا فللمستحق أخذ النقض بقيمته قائمًا وينقض البيع، فإن أبى فللبائع أخذ البقعة بقيمتها براحًا، فإن فعل كانت له البقعة وللمبتاع النقض، فإن اتفقا فيها على أمر بينهما وإلا بيع الجميع وقسم الثمن على القيم، فإن أبى ذلك حملا من الشركة على ما تقدم، وانتقض البيع فيما صار من النقض للمستحق، ومضى فيما صار منه للبائع على ما تقدم.

الرابعة: إن اشترى النخل على القلع ثم أرضها ثم استحق نصفها.

الخامسة: إن اشترى الأرض ثم النخل فاستحق رجل نصفها ففي الشفعة في النخل، ثالثها: إن اشتراها قبل الأرض لأحد قولي ابن القاسم فيها، وثانيهما مع أشهب ومحمد فعلى الأول للمستحق أخذ نصف الأرض ونصف النخل بالشفعة بنصف الثمن، أو نصف الأرض بالشفعة وترك نصف النخل يقلعها المبتاع من المسألة الرابعة، ويبقى على حقه فيها في الخامسة إذ لم يشترها على القلع أو نصف النخل بالشفعة وترك نصف الأرض، وعلى الثاني في أن له أخذها بالقيمة لأجل الضرر قولان، وعلى الأول فبالقيمة قائمًا فيهما على ما في بعض رواياتها، وعلى قياس ما حكى عبد الحق لا يأخذه

بالقيمة قائمًا إلا في الخامسة.

السادسة: إن اشترى النخل على القلع فاستحق نصفها ونصف الأرض فسخ البيع فيما لم يستحق من النخل، إذ لا يوصل إلى نصف النخل الذي لم يستحق إلا بمقاسمة البائع المستحق النخل والأرض، وما يخرجه القسم من النخل مجهول لاحتمال تفاوت أجزاء الأرض بالجودة والرداءة كقول ابن القاسم في منع اشتراء حظ رجل من نخل وشريكه غائب على القلع، على أن ابن القاسم قال فيها: إن اشترى نقض دار على قلعه، ثم استحق نصف الدار أن له رد ما بقي في يده ما لم يستحق من النقض.

فظاهر قوله: له رد ذلك أن له التماسك به ففيه نظر إلا أن يكون كلامه أن الأرض والنقض متساو لا يختلف في القسم، وإنما يصير له فيه النصف حقيقة، وهو معنى قول سَحنون في المسألة: تجوز في حال ولا تجوز في حال، وجواب ابن القاسم فيها في المدَوَّنة على أن لا شفعة في النقض؛ ولذا قال: يخير المبتاع ولو تكلم فيها على القول بوجوب الشفعة في النقض لبدأ بتخيير الشفيع قبل تخيير المبتاع على معلوم مذهبه في ذلك خلاف قول أشهب وسَحنون.

الشَّيخ: قال محمد: لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في الحمام، وقال ابن الماجِشُون في غير الموازيَّة: أبى مالك في الشفعة في الحمام؛ لأنه لا ينقسم إلا بتحويله عن كونه حمامًا، وأنا أرى فيه الشفعة.

قُلتُ: قوله: (وأنا أرى فيه الشفعة) خلاف نقل اللخمي عنه.

قال: رواية المدَوَّنة: في الحمام الشفعة، وقال ابن الماجِشُون: لا شفعة فيه، وهو خلاف قوله: في النخلة والشجرة الشفعة.

ابن حارث: أخبرني من أثق به أن العمل عند أهل الشورى بقرطبة على الشفعة فيه.

قال: واختلف في الشفعة في الأندر، فقال أشهب وابن وَهْب في سماع عبد الملك: فيه الشفعة، وفي سماع سَحنون قال: لا شفعة في الأنادر ولا في الأفنية.

ابن رُشْد: الشفعة في الأصول وإن لم تنقسم وقصرها على ما يحكم بقسمته، ثالثها: على ما يقسم وإن لم يحكم بقسمته لمُطَرِّف وسماع يحيى ابن القاسم في كتاب السداد.

قال في عزو الثالث: مضى ذكره في سماع يحيى.

قُلتُ: قال فيه الحمام الخرب يحكم بقسمه على قول ابن القاسم: إن كان يصير لكل منهم ما يعمل فيه حمامًا ولا يعتبر نقص الثمن، وإن كان قائمًا ففيه نظر، والأظهر على قوله أنه لا يقسم، ثم ذكر الخلاف في شرط القسم بالإشفاع وعدمه حسبما هو في القسم.

وقوله: (ولا في الأفنية)؛ معناه: في الفناء المشترك كساحة الدار بين الشركاء بعد قسم بيوتها، وأما الأفنية المتصلة بطرق المسلمين فلا يجوز بيعها ولا اقتطاعها، إنما يجوز الانتفاع بها وكراؤها إن لم يضر بالمارة.

وفي المقدمات: في كون العلة الموجبة للشفعة ضرر القسم، أو ضرر الشركة قولا المتأخرين، والأول أصح.

قال: وهي مقتضى القول في أنها لا تكون إلا فيما لا ينقسم، والثانية: مقتضى القول بأنها فيه وفيما لا ينقسم.

قال: وضرر القسم بنقص الثمن بالقسم، وافتقار الشريك بعد القسم لإحداث بعض المرافق، وغرم أجر القسم وضرر الشركة واضح.

والمناقلة: بيع الشقص بعقار في ثبوت الشفعة فيه مطلقًا ولغوها، ثالثها: هذا بشرط أخذ أحد المتعاملين من صاحبه شقصًا فيما له فيه شقص، ورابعها: بشرط أخذ كل منهما من صاحبه ذلك، لابن رُشْد عن ابن القاسم، مع روايته وسماعه مع رواية بعض المدنيين، وقول مُطَرِّف وتأويل الأخوين قول مالك.

وسمع عيسى: من اشترى شقصًا من حائط فيه رقيق يعملون فيه لم يكن للشفيع الشفعة إلا في الشقص ورقيقه لا في أحدهما فقط إن لم يكن للحائط منهم بد، فإن فاتوا ببيع أو هبة سقط منابهم من الثمن، ولو ماتوا لم يسقط منابهم من الثمن.

ابن رُشْد: لأن قولهم كإهدام الدار وعلى القول لا شفعة فيهم يسقط منابهم من

الثمن، ثم قال: منها ما يختلف في الشفعة فيه إن بيع مع الأصل ويتفق على أن لا شفعة فيه إذا بيع دون الأصل، وهو الرحا ورقيق الحائط.

قُلتُ: هذا خلاف قول اللخمي: اختلف في رحا الماء والدواب إن بيعت بانفرادها أو مع الدواب، ويختلف مع هذا في رقيق الحائط ودوابه إذا بيعت مع الأصل أو دونه.

قُلتُ: الرحى أشبه بالأرض من الحيوان.

الباجي عن الموازيَّة: لو اقتسما الحائط ثم باع أحدهما حظه من الرقيق والآلة فلا شفعة فيه لأحد.

قُلتُ: وفي النوادر عن الموازيَّة: لو بيع من شيء من ذلك على حدته ففيه الشفعة ما دام الأصل لم يقسم.

اللخمي: قال ابن شعبان: قال من قال من الصدر الأول: لا شفعة لشريك في مشاع لا يسكن، وروي ذلك عن مالك، وقاله الشعبي؛ فعلى هذا لا شفعة في حمام ولا فندق ولا قرب ولا في كل شيء يراد للغلة ولا يسكن.

اللخمي: إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة وبئر وماجل وطريق ثم باع أحدهم حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم فلا شفعة فيما قسم ولا ما لم ينقسم؛ لأنه من منفعة ما قسم وإن باع حظه من تلك المرافق فقط فلشركائه رد بيعه إن كان يتصرف إلى البيوت؛ لأنه ضرر بهم، وإن أسقط تصرفه فيها وصرف بيوته إلى مرافق أخر، فإن باعها من أهل الدار جاز، ولبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة فيما لا ينقسم وإن باعه من غير أهل تلك الدار كان لهم رد بيعه؛ لأن ضرر الساكن أخف من ضرر غيره ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة.

وقال ابن القُصَّار: اختلف الرواية في الشفع فيما لم ينقسم كالحمام والبئر والرحبة والطريق، ولم يبين كيف صفة البيع والفقه فيه ما تقدم.

والجدار بين الدارين ببيع أحدهما داره بما يستحقه منه.

قال ابن القاسم: فيه الشفعة وعلى أصل أشهب لا شفعة فيه؛ لأنه منع قسمه وأن

حمله القسم، وقال: يبقى مرتفقًا لهما لحمل خشب وضرب وتد، وكذا قال: في الماجل يبقى مرتفقًا لهما، ولا يقسم وإن حمل القسم، ولا شفعة فيه.

وتسقط بما يدل على إسقاطها مستحقها نصًّا أو ظاهرًا أو دليلًا حاليًا ما لم يظهر ضد ما يظن الإسقاط لأجله.

اللخمي: إسقاطها بالقول كقوله تركت.

قُلتُ: يريد: ومرادفه من فعل أو إشارة بينة الدلالة وفيها: إن أخبر بالثمن فسلم ثم ظهر أنه دون ذلك فله الأخذ، ويحلف ما سلمت إلا لكثرة الثمن.

الشَّيخ: لمحمد عن أشهب لايمين عليه.

قُلتُ: ظاهر الروايات أنه لو ظهر أنه دونه بيسير لا يكون الوكيل على الشراء بثمن مسمى متعديًا بزيادته لم يلزمه التسليم، وهو ظاهر كالكذب في المرابحة يسيره ككثيره، وكنقص الوكيل على البيع بثمن مسمى يسيره ككثيره، بخلاف شراء الوكيل بتقرر العرف فيه.

الصقلي: عن محمد لو سلم لأخباره أن الثمن مائة إردب قمحًا فظهر أنه عين لم يلزمه تسليمه ولو كانت الدنانير أكثر من ثمن القمح لتعب كيل القمح وحمله ويحلف ما أسمله إلا لذلك ولو سلم؛ لأنه دنانير فظهر أنه قمح لزمه إلا أن يكون القمح أقل ثمنًا ولو سلم على مكيل من صنف فظهر أنه مكيل من صنف آخر لزمه إلا أن تختلف قيمته، ولو ظهر أنه موزون لم يلزمه تسليمه؛ لأنه أخف.

قال: ولو قيل له: بجارية أو عرض ولو يوصف فسلم ثم ظهر أنه بدنانير فلا حجة له؛ لأن التسليم مع جهل الثمن لازم، وإنما يؤدى في العرض مالًا.

قال ابن القاسم: إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون مثله ثمنًا لما سمي من جارية أو عرض لقلته كدينار أو عشرين درهمًا فلا يلزمه تسليمه وتعقبه ابن عبد السلام هذا لمناقضته نقل الصقلي عن الموازيَّة أن ما بيع بما لا يشبه أن يكون مثله ثمنًا أنه لا شفعة فيه يرد بأن ذلك إنما هو بالنسبة إلى الشقص، وهذا إنما هوبالنسبة إلى ما ذكر أنه بيع به.

وحاصل مسائل هذا الفصل أنه إن سلم لمعنى ظهر خلافه، فإن استلزمه أو لم

يستلزمه ولم يناقضه لزم تسليمه، وإن ناقضه مناقضة بينة لم يلزمه ولا يحلف، وإن ناقضه مناقضة غير بينة تخرج حلفه على ذلك على أيمان التهم، وكذا في الأخذ بمعنى يظهر خلافه.

وفيها إن سلم الشفعة في الأخبار ببيع نصف شقص شريكه فبان أنه باعه كله فله أخذه، وقال محمد وأشهب إنما له أخذ نصفه.

الصقلي عنه: ولو أخذ عن بيع نصفه، ثم بان بيع جميعه فله أخذه، فإن أبى فللمبتاع أن يقول: رد النصف أو خذ الجميع ولو سلم لمشتر واحد ثم ظهر أنه مع غيره ففي لزوم تسليمه حظ الأول.

قول أشهب وابن القاسم: فيها وعلى الأول يكون حظ الأول بينهما ولهما قبوله وإسلام الشفيع أخذ المبيع أو رده ولو سميا له فقال أشهب: له الأخذ من أحدهما والتسليم للآخر.

محمد: إن لم يكونا متفاوضين، وقال ابن القاسم: إنما له أخذ الجميع أو تركه ولو سلم لمشتر معين ظهر خلافه لم يلزمه بخلاف الأخذ، ولو سلم لغير مسمى لزمه مطلقًا كالأخذ.

محمد: ولو كان عدوًا أو شريرًا.

اللخمي: والصواب أن له الرجوع في تسليمه إن ظهر أنه عدو أو شرير ومن يرى أنه لو علم به ما سلم له وليس كذلك الأخذ، وفيها: إن قال بعد علمه بالثمن: أخذت شفعتي لزمه وقبله له رده.

الصقلي لمحمد عن أشهب: أخذه قبل علمه بالثمن لا يجوز، ويجب فسخه ثم له الأخذ بعد ذلك، وفيها: إن سلم الشفعة بعد البيع لزمه ولو جهل الثمن.

الصقلي: إلا أن يأتي من ذلك ثمنًا لا يكون ثمنًا لمثله لقلته فلا يلزم تسليمه كقول ابن القاسم فيمن قيل له: بيع بعرض ولم يوصف.

ابن عبد السلام: يحتمل أن يقال: تسليمه دون سؤال على الثمن يدل على إسقاطه على كل حال، واحتجاجه بقول ابن القاسم في مسألة العرض: يرد بقول ابن القاسم في

من باع شقصًا بمحاباة: أن فيه الشفعة بالثمن المذكور، إلا أن يبيعه بما لا يشبه أن يكون ثمنًا لقلته فلا شفعة فيه كان البائع صحيحًا أو مريضًا.

قُلتُ: قوله يدل على إسقاطه على كل حال يرد بأنه إن أراد كل حال يتقرر فيها كون العرض ثمنًا سلم ولا يتناول محل النزاع ضرورة كون العوض فيها لا يتقرر كونه ثمنًا، وإن أراد مطلقًا منع ورده بمسألة المحاباة مع ما فيها من الاستثناء لا يتم؛ لأن المحاباة لا تنافي حقيقة البيع ونزارة العوض تنافيه.

وفي النوادر عن أشهب: لو قاسم الشفيع شريكه كان قطعًا لشفعته.

اللخمي: اتفاقًا.

قال: ولم ير ابن القاسم المقاسمة لغير الشفيع مسقطة شفعته فقال: من اشترى شقصًا من دار فيها شفيع غائب فقاسم المشتري شركاءه فقدم الشفيع فله رد القسم والأخذ بالشفعة، ومثله في الموازيَّة ولو كانت المقاسمة من سلطان.

سَحنون: لا يرد قسمته ويأخذ الشفيع ما طار للمشتري بالقسم.

ابن رُشْد في قسم العتق من سماع عيسى: اختلف إن قسم القاضي على غائب فأتى، فلابن القاسم فيها له رد القسم والأخذ بالشفعة، وقال سَحنون وابن عبدوس وأشهب في أحد قوليه: يمضي القسم ويأخذ الشفيع ما صار للمشتري، وهو على الخلاف في كون القسمة بيعا أو تمييز حق.

الشَّيخ: لا أرى للمشترى دعاء للقسم إن كان شريكه الغائب وحده؛ لأنه دخل على أن للغائب حقًا حتى يأخذ أو يترك ومثله إن كان له شركاء سواه، ولم يطلبوا القسم وذلك لشركائه إن أحبوا وبجميع حظ الغائب مع حظ المشتري ليبقى على حظه في الشفعة إن قدم كان له القيام بشفعته، ولا ينقض القسم في حق بقية الشركاء ولو جهل القاسم فقسم لهما منفردين كان للغائب رد القسم كما قال ابن القاسم؛ لأنه قد يصير حظ الغائب في طرف والمشتري في طرف وبينهما حظ من لم يأخذ بالشفعة وذلك ضرر على الغائب؛ لأن من حقه أن يجمع له ذلك في موضعه، وإن صار حظ الغائب والمشتري في موضع كانا متجاورين لا شريكين، ولا شفعة في الجوار.

قُلتُ: ما نقله عن ابن القاسم فيمن اشترى شقصًا من دار إلخ، هي مسألة الكتاب واستشكل المذكورون تصويرها على قواعد المذهب في القسم، ومقتضى قول اللخمي: وإن جهل القاسم إلخ تصويرها بمقتضى جهله بالحكم في ذلك، وهذا بناء على أن القسم وقع بينهم مع جهل الحاكم في القسم على الغائب لمشتر للغائب عليه الشفعة ويمكن تصويرها مع السلامة من جهل هذا الحكم كأربع إخوة ورثوا دارًا، ثم باع أحدهم حظه من بقيتهم بالسواء بينهم، ثم غاب أحدهما ثم اشترى بائع حظه حظ أحدهم، ثم قسموا بينهم وبين الغائب بأمر الحاكم لغيبته، وثبوت الشركة بينهم بإخوتهم، ثم قدم الغائب وأثبت حدوث ملك بائع حظه بشراء من أحدهم.

وفيها لابن القاسم: مساومة الشفيع مشتري شقص شريكه أو مساقاته فيه أو اكترائه منه يسقط شفعته.

الصقلي: عن محمد لأشهب: لا يسقطها شيء منها.

اللخمي: أرى أن يسأل لم ساومه؟ فإن قال: لأن باعني بأقل وإلا شفعت حلف وشفع، وإن قال: لأشتري ولو باعني بأكثر سقطت.

قُلتُ: وقال ابن شاس: خلاف أشهب في شراء الشفيع الشقص المستشفع فيه وهم؛ لأن اللخمي والصقلي وابن حارث، والشَّيخ في النوادر لم ينقله عنه إلا في الثلاثة غير الشراء.

زاد الشَّيخ: وقال أشهب: إن قاسمه سقطت شفعته.

قُلتُ: وشراؤه أقوى من مقاسمته، ويتهم على إرادة رده ما زاده في شرائه على ثمن الشفعة.

والتعجب من شيخنا السطي في عدم تعقبه ذلك على ابن شاس في مسائله التي تعقبها عليه.

وفي الكراء والمساقاة إن كان أحدهما بعد تمام سنة من يوم العقد فلا شفعة له، وإن كان دونها فهو محل القولين، فعلى قول أشهب لو طلب المشتري بتعجيل الأخذ أو الرد قبل انقضاء ما عقد له لم يكن له ذلك، وحقه في الإيقاف سقط في تلك المدة؛ لأنه لا

يملك نقض ما عقد للشفيع ولا يستحق أخذ الثمرة الآن والغلة معا، فإن انقضت المدة استحق وقفه على الأخذ أو الترك، وللشفيع استعجال الترك أو الأخذ، كان له ذلك، ويتعجل منه الثمن ولا يحط عنه منه شيء.

قال: وبيع المشتري الشقص بعلم الشفيع يسقط شفعته في شرائه لا في بيعه، ودون علمه يخير في الجميع.

قُلتُ: هو قولها ورواية ابن القاسم في المجموعة.

الشَّيخ: وقاله عبد الملك وأشهب قائلًا: إن أخذها من الأول كانت عهدته عليه، ودفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به؛ لأن له أن لا يدفع الشقص حتى يقبض ما دفعه ويدفع فضلًا إن كان للأول، فإن بقي للثالث مما اشترى به شيء رجع به على الثاني، وليس للثالث حبسه حتى يدفع له بقية ثمنه، ويرجع الثاني على الأول بما اشترى به الشقص منه.

وسمع عيسى: قيل لابن القاسم: من غاب شريكه في أرض فباع شريكه حظه منها، ثم باع الغائب غير عالم ببيع شريكه أله شفعة؟ قال: نعم.

ابن رُشْد: هذا يدل على أنه لو علم ببيع شريكه لم تكن له شفعة، وإن كان فيه ضعف؛ لأنه في السؤال لا في الجواب، والمعنى يؤيده؛ لأنه ببيعه بعد علمه رغب عن البيع وقبله يقول: إنما بعته لزهادتي فيه، ولو علمت بيع شريكي لما بعت وشفعت، ثم قال: ما حاصله في ثبوت شفعته، ثالثها: إن باع جاهلًا تقدم بيع شريكه، ورابعها: قول أحب إلي أن لا شفعة له، وخامسها: إن بقي له بقية أخرى شفع بها باع، وما بقي لإحدى روايتي أشهب مع سماع يحيى ابن القاسم، وثانيتهما مع دليل قولها فيمن باع شقصه بخيار ثم باع شريكه بتا، وقول أشهب: ذلك له واحد احتمالي قول ابن ميسر: لا شفعة له إلا أن تبقى له بقية أنه يريد أن يأخذ جميع شفعته بقدر حظه كله ما باع وما بقي، وأظهرها ثالثها.

وفي سقوطها بسكوت مستحقها العالم بها حاضرًا قولها: إن علم بالشراء فلم يطلب شفعته سنة لم يقطع ذلك شفعته، ولو كتب شهادته ذلك في الشراء، ولم ير مالك

السبعة الأشهر ولا السنة بكثير إلا أنه إن تباعد كذا حلف ما وقف تركًا للشفعة، فإن جاوز السنة بما يعد به تاركًا فلا شفعة له.

المتيطي عن ابن الهندي: إن جاوز السنة بشهرين حلف وأخذ بشفعته، فإن زاد على ذلك فلا شفعة له، ونحوه لابن فتوح غير معزو كأنه المذهب، وللأشياخ طرق.

اللخمي: روايتها سكوته سنة قريب، وروى محمد: إن مضت سنة فلا شفعة.

ابن ميسر: ما قارب السنة داخل فيها.

أَصْبَغ: هو على شفعته الثلاث سنين ونحوها، وروى الأخوان في حاضر قام بشفعته بعد خمس سنين، وربما قيل: له أكثر من ذلك، فقال: ليس هذا طولًا ما لم يحدث المشتري بناء أو بغيره والشفيع حاضر، أجل هذا أقصر إلا أن يقوم بحدثان ذلك.

ولابن وَهْب في كتاب ابن شعبان: إن علم بالبيع فسكت فلا شفعة له، وقال أيضًا: هو على شفعته أبدًا ما لم يوقفه، وأرى سقوطه بمضي ما الغالب أنه لو كان له غرض فيها لأخذ بها، والناس في هذا مختلفون، منهم ذو الحرص واليسر بالناض وكونه لو كان له غرض في الأخذ لم يؤخره إلى تلك المدة فهذا يسقط بدون السنة، ومنهم ذو التراخي في أموره والعسر بالناض ويرجو الثمن لوقت آخر فلا تسقط شفعته مثل هذا، وقد يقوم دليل على أن قيامه الآن لأمر حدث كزيادة ثمن الربع فزيادة غلة المبيع وحدوث يسر الشفيع بعد فقره.

ولما ذكر الصقلي قول ابن ميسر قال: وقال غيره: إن أشهد الشفيع على المبتاع أنه على شفعته فهي له ولو طال مكث ذلك إلا أن يقفه السلطان، ويشهد عليه فلم يأخذ فلا شفعة له، ولابن رُشْد في رسم البز من سماع ابن القاسم في سقوط شفعة الحاضر الساكت العالم بالبيع بمضي سنة أو ما فوقها، ثالثها: بما تكون به الحيازة، ورابعها: لا تسقط إلا بأن يصرح بتركها لأشهب مع روايته ولابن القاسم مع روايته فيها، ولقول الأخوين: هو على شفعته ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك أو يتركها طوعًا فسنة مدة بذلك أو يأتي من طول الزمان ما يدل على تركه والخمس سنين قليل إلا أن يحدث المشتري بناء أو غرسًا فتسقط بأقل من ذلك.

وفي المقدمات: قال ابن المعذل: قال ابن الماجِشُون: يقول بثبوتها للحاضر إلى أربعين سنة ثم رجع إلى عشر، وفي الطرر: إن قال الشفيع: وقع الابتياع منذ شهرين، وقال المشتري: منذ عامين ولا بينة؛ فالقول قول الشفيع مع يمينه، قاله ابن فتحون.

وعلى عدم سقوطها بالسنة سمع ابن القاسم: إن شهد الشريك في بيع شقص شريكه، ثم بدا له بعد عشرة أيام ونحوها في الأخذ بالشفعة فله ذلك، وأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركًا لها، وسمعه إن قام بعد بيع شريكه حظه شهرًا أو شهرين لا يطلب، ثم بدا له فله الأخذ ما لم يتطاول والشهران قريب، ولا يمين عليه إلا أن يأتي من ذلك ما يستنكر من التباعد فيحلف.

ابن رُشْد: تحصيله إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب كالشهرين فله الشفعة دون يمين، وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو السنة على ما في المدَوَّنة فله ذلك بعد يمينه أنه ما تركها إسقاطًا لها، وإن كتب شهادته وقام بعد عشرة أيام ونحوها فله الشفعة بعد يمينه، وإن لم يقم إلا بعد الشهرين سقطت شفعته.

قُلتُ: وللباجي عن أَصْبَغ: هو على شفعته السنتين ونحوها، وإذا قلنا بالسنة فقال أشهب: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة له، ونحوه للصقلي وقول ابن رُشْد: إن كتب شهادته ولم يقم إلا بعد شهرين فلا شفعة له خلاف ظاهرها، فيها لم ير مالك السنة مما تنقطع به الشفعة، فقلت له: فلو كان كتب شهادته في الشراء ثم قام يطلب، قال: لا أرى في ذلك ما يقطع شفعته.

ابن رُشْد: إن قال: لم أعلم بالشفعة قبل قوله: بيمينه ولو كان حاضر البلد وإن بعد أربع سنين، قاله ابن عبد الحكم.

قُلتُ: زاد الباجي: قال محمد: إن الأربعة لكثير، ولا يصدق في أكثر منها، في الطرر: إن علم كذبه في دعواه جهل الشراء سقطت شفعته كرؤيته حرث المبتاع وإصلاحه شيئًا في الدار، وكذا المرأة المتصرفة ومثله لا يخفى عليها.

وفيها: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع إليه الشفعة، ولا حجة للشفيع إذ لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب، ولم

يقيدها الصقلي ولا غيره، والظاهر تقييدها بمساواة الشفيع للمشتري في العلم بها بحال الربع المشفوع فيه المسوغ بيعه، وإلا فللشفيع الحجة بجهله حال الربع الذي هو سبب في الرغبة فيه أو عنه.

قال أبو إبراهيم عن بعض الشُيُوخ: أنه بنى على أن الخصومة حيث المطلوب، وفيها خمسة أقوال:

أحدها: هذا وحيث الملك لابن الماجِشُون، الثالث: وحيث البينة في المدعى فيه، والرابع: عند أعدل القضاة لابن كنانة وسَحنون، والخامس: حيث المدعى، قال: وهو بعيد، ولم أره نصًّا.

قُلتُ: تحقيق هذا في كتاب الأقضية.

وفيها لمالك: لا يقطع عن الغائب الشفعة لغيبته ولو كان عالمًا.

الصقلي عن محمد: قاله مالك وأصحابه.

مالك: إلا أن يقوم بعد طول يجهل فيه البيع وتموت فيه البينة فتسقط الشفعة، وما قرب مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن فالشفعة فيه بقيمته.

الباجي: إذا زال عذر الغيبة أو غيرها فله في المدة مثل ما للحاضر، ونقله الصقلي عن محمد، ونقله ابن الحاجب كأنه المذهب.

ابن عبد السلام: لو قيل: العالم في غيبته بالشفعة لا يوسع له في الأجل كان له وجه.

قُلتُ: هذا نحو قول من يشترط في قيامه إشهاده في غيبته أنه على شفعته.

الصقلي عن أشهب: وما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع هو فيه كالحاضر.

قال غيره في المجموعة: وليست المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض كغيرهم، إنما فيه اجتهاد الحاكم.

وفي الطرر عن بعض المتأخرين: الغائبة على سير يوم لا تنقطع شفعتها لحديث:

«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر سفر يوم وليلة إلا ومعها ذو محرم»[1].

الصقلي: ولحاكم بلد المشتري أن يكتب لحاكم بلد الشفيع فيوقفه للأخذ أو الترك.

ابن حبيب: عن الأخوين: المريض الحاضر والصغير والبكر كالغائب، ولهم بعد زوال العذر ما للحاضر، سواء علم المريض والغائب بالشفعة أو جهلا.

أَصْبَغ: المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته وأن تركه التوكيل عجز عنه وإلا فلا شيء له.

ابن حبيب: الأول أحب إليَّ، ولما ذكر الباجي قول أشهب في إشهاد المريض. قال: وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى على شفعته إن لم يعلم، فإن علم فإنه يقدر على إشهاده بأخذ الشفعة، فإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر.

اللخمي: إن استمر المريض على نظره في صحته في أمر الدنيا والبيع فهو كالصحيح، وإن أعرض عن ذلك وقال بعد صحته: كنت تركت ذلك والنظر فيه لمن يصير له قبل قوله، وليس من له ولد يعلم اجتهاده له كمن ورثته عصبة لا يصدق إن كانوا عصبة.

قال أبو عمر: من أصحابنا وغيرهم من لا يرى على الغائب إشهادًا ولا يمينًا أنه لم يترك إذا علم.

وفيها: إن سافر الشفيع بحدثان الشراء لما لا يئوب منه إلا بعد أمد انقطاعها فلا شفعة له، وإن كان يؤوب منه قبل ذلك فعاقه منه ما يعذر به؛ فله شفعته ويحلف ما تركها ولو لم يشهد عند خروجه أنه على شفعته.

اللخمي: إن خرج لما لا يرجع منه حتى تمضي السنة سقطت شفعته، وإن عاد عن

---

(1) أخرجه البخاري: 468/2 في تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة، ومسلم: رقم (1339) في الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره. بلفظ: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة.

قرب لأمر منعه الوصول.

قُلتُ: في سقوطها بهذا نظر لجواز كونه كان عازمًا على توكيل من يرسله لأخذها أو مترددًا في ذلك، وكلاهما ينافي دلالة خروجه لذلك على جزمه بإسقاطها، وانظر هل تتخرج على قولي ابن القاسم وأشهب في وجوب الكفارة وسقوطها فيمن أصبح في رمضان ناويًا الفطر ثم نوى الصوم قبل طلوع الشمس.

وفيها: إن اشتريت شقصًا من دار لرجل غائب، أللشفيع أن يأخذ بالشفعة؟

قال: نعم؛ لأن مالكًا رأى القضاء على الغائب.

الصقلي: عن محمد: ويوكل السلطان من يقبض له الثمن.

قُلتُ: يريد: غير قريب الغيبة؛ لأنه كالحاضر، وقولها مع محمد من جملة حجج ابن عتاب على ابن القطان، قال ابن سهل ما حاصله: أفتى ابن عتاب بالشفعة على الغائب البعيد الغيبة مطلقًا، وأفتى ابن القطان بأن لا شفعة عليه إلا أن يغيب غيبة انقطاع، وأطال ابن عتاب وابن سهل في الرد عليه بنصوص المَدَوَّنة وغيرها وصرحا بخطأ فتواه.

الصقلي: عن محمد: إن كان الشفيع حاضرًا بموضع الدار، والمبتاع غائب بعد الشراء أو اشتراها في غيبته هو أو وكيل له؛ فالشفعة له ولو طالت غيبة المشتري ولو كان وكيله يهدم ويبني ويكري بحضرة الشفيع ما لم يكن موكلًا برفع الشفعة عنه ببينة حاضرة علم بها الشفيع فتسقط شفعته بمضي ما تنقطع به الشفعة.

قيل: إذا كان له الأخذ في غيبة المشتري ولا وكيل له، فلم لا تسقط شفعته بطول الزمان؟

قال: للعذر باستثقال اختلاف الناس للقضاة، وربما ترك المرء حقه إن لم يأخذه إلا بسلطان.

ابن ميسر: إن كان الوكيل يهدم ويبني بحضرة الشفيع وعلمه سقطت شفعته بمضي ما تنقطع إليه الشفعة.

محمد: إن أخذ بالشفعة من يد وكيل الغائب على الشراء فكتب العهدة إنما هو على

الغائب لا على الوكيل، ويدفع الثمن له إن وكله وهو يعلم أن له عليه شفيعًا وإلا فلمن يقدمه القاضي لقبضه، وإنما تكتب العهدة على الغائب إن أشهد الوكيل قبل شرائه أنه للغائب، ولو أقر بذلك بعد الشراء لم تزل العهدة عنه، فإن أقر الغائب بذلك بعد قدومه خير الشفيع في إبراء الوكيل من العهدة إن وقع استحقاق فلا شيء له قبله وله البقاء على عهدته عليه، فإن وقع استحقاق خير في الرجوع على أيهما شاء إن رجع على الوكيل رجع الوكيل بما غرم على الموكل بإقراره له.

وفي الطرر وأظنه من أجوبة ابن رُشْد: إن لم يقم واحد من الشفعاء لمضي ما يسقطها سقطت لقريبهم وبعيدهم، ولا حجة له من أن القريب كان أحق لقدرته على الأخذ إن كان الأقرب غائبًا، ووقفه إياه إن كان حاضرًا على الأخذ أو الترك.

قُلتُ: هذا كالمنافي لما تقدم لمحمد في العذر باستثقال الناس الرفع إلى القضاة فتأمله.

وفيها: الأخذ بشفعة الصبي لأبيه، فإن لم يكن له فلوصيه، فإن لم يكن فللسلطان، فإن لم يكن فهو على شفعته إن بلغ، فإن لم يأخذ له أبوه ولم يترك حتى بلغ الصبي، وقد مضى له عشر سنين.

قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا ولا أرى له شفعة؛ لأن أباه بمنزلته، والصبي لو كان بالغًا فترك الأخذ بشفعته عشر سنين سقطت شفعته فكذا مسألتك.

قُلتُ: انظر قوله في السؤال: ولم يترك أبوه، وفي الجواب: فترك الولد، يبطل قياسه لمنافاة الفرع الأصل في العلة إلا أن يفسر الترك المنفي في الفرع بالنص على الإسقاط والترك المثبت في الأصل بعدم النص على الأخذ لا بالنص على الترك.

الصقلي عن محمد: مقدم القاضي في ذلك كالوصي.

ابن سهل: قوله: لو كان بالغًا فتركها عشر سنين؛ يريد: أو ما تسقط به شفعة الحاضر السنة والأربعة الأشهر فأزيد.

زاد ابن أبي زيد في مختصره: قال سَحنون: وقيل: غير هذا وهو أحسن؛ يريد: في سكوت الأب، واختلف قول أشهب في سكوت الوصي، قاله في مقرب ابن أبي زَمَنَيْن.

الصقلي: إن رفع شفيع الصبي الذي لا وصي له أمره للقاضي نظر له القاضي في الأخذ أو الترك، واستعان بمشورة ذي الرأي، ولا يؤخر المشتري إلى أن يقدم له رجلًا لما فيه من ضرره إلا أن يكون على ثقة من وجود ذلك معجلًا كاليومين والثلاثة، وقاله محمد عن أشهب.

في طرر ابن عات: واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع فيها الشفعة، كذا في المقرب، وفي المدَوَّنة: سكوت الأب يسقطها.

اللخمي: إن بان أن الأخذ له لم يكن نظرًا لغلائه أو أنه قصد بالترك محاباة المشتري، فللصبي إذا رشد نقض ذلك.

واختلف إن لم يأخذ له وكان الأخذ أحظى، فروى محمد: إن علم تضييع الوصي وإن تركه للآخذ غير حسن، ومضى للبيع خمس سنين سقطت شفعته فرأى الأخذ بها كابتداء شراء، وهو لا يجبر على ذلك، لو بذل رجل لصبي سلعة بثمن بخس فلم يأخذ له لم يضمن وصية؛ لأن تنميته ماله ليس بواجب.

قُلتُ: كذا وقع في غير نسخة واحدة من التبصرة.

قال أولًا: اختلف ولم يذكر غير ما تقدم، ولابن فتوح: إسقاط الأب والوصي شفعة ابنه ويتيمه محمول على النظر، ولا قيام للصغير إذا بلغ إلا أن يثبت أن إسقاطها سوء نظر وأن الأخذ كان نظرًا وغبطة، فيبقى على شفعته.

وفيها: إن كان بلوغ الصبي قبل مضي ما يسقطها لم يكن خلافًا لنقل اللخمي، وإلا فظاهره أنه خلافه.

وقال أبو إبراهيم إثر نقله قول ابن فتوح، وظاهر الكتاب سواء، قاله أبو عمران، وهو نص المجموعة بناء على أن الأخذ بالشفعة استحقاق أو شراء.

وفيها: لا يأخذ الوصي بالشفعة لحمل.

اللخمي: إن مضى بعض السنة ثم رشد ففي الموازيَّة: له تمام السنة من يوم وجبت الشفعة، وإن لم يكن له وصي ولا ناظر فله ابتداء سنة في كونها من يوم ولي نفسه أو من يوم بلوغه والبكر من يوم بنائها قولان للموازية والواضحة، وهما على الخلاف في حد

ابتداء الحكم برشدهما.

ولابن رُشْد في سماع يحيى قوله: من باع عقارًا له فيه شريك بحضرته ولم ينكر بيعه حتى بنى مشتريه فيه وغرسه لا شفعة له فيه صحيح؛ لأنه بسكوته ذلك كبيعه معه، ولو أنكر البيع قبل تمامه كانت له الشفعة دون يمين، ولو أنكره بعد تمامه بمجلسه كان له بعد يمينه ما رضي ببيع حظه وبعد المجلس بقربه لا شفعة له، وله ثمن حظه وبعده بعام فأكثر له ثمن حظه، إلا أن يدعي شريكه أن كل المبيع كان صار له ببيع أو مقاسمة أو عطية ولو لم يحضر بيعه وعلمه بعد وقوعه، فإن أنكره فله حظه والشفعة به، فإن لم ينكره إلا بعد عام أو ثلاثة فله ثمن حظه ولا شفعة له، وإن لم ينكره إلا بعد عشرة أعوام لم يكن له ثمنه، إن ادعاه شريكه البائع لحوزه بالبيع وطول المدة، وفي السماع المذكور إن باع جزءًا معينًا وشريكه حاضر ساكت فلا شفعة له، ولو كان مبهمًا ثلثًا أو ربعًا جاز البيع ولشريكه الشفعة.

ابن رُشْد: يريد: أنه يأخذ قدر حظه مما باعه ويشفع فيما بقي، ووجه تفرقته بين المعين والشافع قبول عذره بقوله في الشائع: ظننت المبيع خاصًا بحظه، وقد قيل: وهو دليل عتقها الأول.

قُلتُ: يرد بأنه فيها مضافًا لمالكه وهو في هذه غير مضاف، وقوله: وهو دليل عتقها؛ يقتضي اختصاص الشريك البائع بالجزء الذي باعه إن لم يكن أكثر من حظه، وهو مناف لقوله أولًا: يأخذ الشريك الساكت من المبيع الشائع قدر حظه.

وقوله: إن باع أحد شريكين في شيء نصفًا منه وقع بيعه على حظه وحظ شريكه حتى يقول: نصفي على قوله في هذا السماع، وقولها في المرابحة فيمن ابتاع نصف سلعة وورث نصفها: لا يبيع نصفها مرابحة حتى يبين.

قُلتُ: يرد أخذه هذا من لفظها بأن بيانه إنما هو لزيادته في الثمن لاستكمال ما ورث؛ لأن صورتها أنه ورث ثم ابتاع، وإنما يؤخذ ذلك من لفظها؛ لأنه إن لم يبين دخل في ذلك ما ورث وما ابتاع.

قال: وعلى قول عتقها يختص بحظه حتى يقول نصف حظي ونصف حظ

شريكي، ويرد بما تقدم بأن قول عتقها إنما هو مضاف فتأمله.

اللخمي: للمشتري وقف الشفيع على الأخذ أو الترك، فإن أبى جبره الحاكم على ذلك، وحكاه الصقلي عن محمد قال وقاله أشهب، وروى ابن عبد الحكم: يؤخره الحاكم اليومين والثلاثة يستشير وينظر.

محمد: إن وقفه غير السلطان لم يزل ذلك بيده حتى يقفه السلطان.

اللخمي: رواية ابن عبد الحكم أحسن أن وقفه بنفس شرائه؛ لأن الأول تربص وأمهل وإن كان قبل شرائه، وإن وقفه بعد أيام وهو عالم لم يمهل إلا اليوم أكثره.

عبد الحق: ذكر علي بن عبد العزيز في المنتخب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا شفعة لغائب ولا لصغير ولا شريك على شريكه إذا سبقه بالشراء والشفعة كحل العقال»**[1]، وذكره البزار، وحديث علي أتم، وهو ضعيف الإسناد، فيه السليماني وغيره، وتعقبه ابن القطان بقوله: أعله برجل وترك غيره، وسمع القرينان: من باع شقصًا في حائط فقال الشفيع: حتى أذهب فأنظر إلى شفعتي، وهي ليست معه في القرية ليس له ذلك، فراجعه السائل، فقال: إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له وإلا فلا يخرج فيقيم أيضًا عشرة أيام.

ابن رُشْد: هذا مثل ما في الموازيَّة، وظاهر المدَوَّنة أنه لا يؤخر في الارتياء في الأخذ والترك مثل ما في هذا السماع من الأولى في المولي يوقف ولا يؤخر لينظر، وما في ثالث أنكحتها في المجوسين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يفرق بينهما إن لم يسلم ولا تؤخر، ومثله المملكة يوقفها السلطان لا تؤخر.

وقال ابن عبد الحكم: تؤخر اليومين والثلاثة، قاله قياسًا على المرتد وحديث المصراة، ولا يبعد دخول هذا الخلاف في هذه المسائل كلها، والأصل في هذا المعنى قوله تعالى: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: 65].

---

(1) أخرجه البيهقي: 7/10- رقم (11369)، كتاب الشفعة باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

قُلتُ: القول بالتأخير ذكره الصقلي واللخمي والباجي رواية لابن عبد الحَكم، ولم يذكره ابن رُشْد إلا قوله له.

اللخمي: واختلف إن كان الثمن مؤجلًا فقيل: كالأول، وقيل: لا يمهل.

وفيها: إن أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضره نقده أيتلوم له؟

قال: قال مالك: رأيت القضاة عندنا يؤخرونه في النقد اليومين والثلاثة، وأخذ به مالك، وفي لفظ الباجي: إن طلب أن يؤخر بالثمن ضرب له الإمام يومين أو ثلاثة، وإن لم يضرب له أجلًا فلا بأس.

قُلتُ: يريد: يؤخره دون تحديد لا أنه لا يؤخره.

الباجي عن ابن الماجِشُون: يؤخر عشرة أيام ونحوها.

أَصْبَغ: بقدر قلة المال وكثرته، وعسره ويسره، وأقصاه شهر، لا أدري ما وراء ذلك.

ولما ذكر اللخمي قول المدَوَّنة: قال وفي ثمانية أبي زيد: العشرة أيام ونحوها مما يقرب ولا يكون على المشتري فيه ضرر.

اللخمي: الشهر كثير للموسر.

الصقلي: لمحمد عن أشهب وهو في العتبيَّة عن ابن القاسم: إن طلب التأخير فأخر، ثم بدا له ولم يقله المشتري لزم الشفيع الأخذ، فإن لم يكن له مال بيع ما أخذه بالشفعة وحظه الأول حتى يستوفي المشتري جميع حقه.

قُلتُ: ما في العتبيَّة هو سماع يحيى.

ابن رُشْد: إن وقفه الحاكم فقال: أخذت، وقال المشتري: سلمت، فأجل في الثمن فحل أجله وعجز عنه بيع عليه كل ماله في الثمن، ولا رد لواحد منهما في الأخذ والتسليم إلا بتراضيهما، وإن وقف فقال: أخذت، وسكت المشتري ولم يقل: سلمت، فأجله الحاكم في الثمن فلم يأت به إلى الأجل فللمشتري بيع مال الشفيع أو أخذ شقصه، وإن أراد الشفيع رد الشقص أو تماسكه به حتى يباع ما له في ثمنه لم يكن له في ذلك خيار، وهذا الوجه في المدَوَّنة.

وإن قال الشفيع: أنا آخذ، ولم يقل: أخذت، فيؤجله الحاكم في الثمن فلم يأت به فقيل: يرد الشقص لمشتريه إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع واتباعه بالثمن، وقيل: للمشتري إلزام الشفيع الأخذ بالشفعة، ويباع ماله في الثمن، وليس للشفيع رد الشقص، وهو قول ابن القاسم في هذا السماع وقول أشهب، والأول أبين.

وتسليم الشفعة بعد الشراء لازم: فيها: إن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن قال للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد بذلك؛ فله القيام بعد الشراء؛ لأنه فيها إن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن قال للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له بعد.

اللخمي: ويتخرج لزوم تسليمه من قوله: إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، وممن جعل لزوجته الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها؛ أن ذلك لازم لها، وهو في الشفعة أبين؛ لأنه أدخل المشتري في عهدة الشراء لمكان الترك، فهو كهبة قارنت البيع، ولو قال له: اشتر الشقص والثمن علي، فاشتراه؛ لزمه غرم الثمن، وهذا قول مالك وابن القاسم.

واختلف فيمن قال لزوجته: إن جئتني بما لي عليك فأنا أطلقك فجاءته به، فقال مرة: يلزمه الطلاق.

وفي أجوبة ابن رُشْد: الفرق بين قوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن اشترى فلان شقص كذا فقد أسقطت عنك الشفعة أن الطلاق حق له لا يملك المطلق رده إن وقع ولو رضيت المرأة برده فرده إذ ليس بحق لها؛ فلزم بعد النكاح كما ألزمه نفسه قبله، وإسقاط الشفعة إنما هو حق له لا لمن يصح له الرجوع فيه برضى المشتري؛ فلا يلزم إلا بعد وجوبه.

ابن عبد السلام: هذا الفرق ليس بالقوي، ويظهر ببادئ الرأي صحة تخريج اللخمي، وكان مما استفدناه من قراءتنا على شيخنا أبي عبد الله بن الحباب -غفر الله

له- رد تخريج اللخمي، والفرق بين لزوم الطلاق والعتق في قوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن اشتريت عبد فلان فهو حر؛ أن القضية الشرطية إنما يصدق تاليها بحكم الحاكم بها إذا استثنى من مقدمها وإلا لم يلزم من حكمه بها ثبوته، ولا كان الشرط هو المقدم الذي هو التزويج وشراء العبد في مسألتي الطلاق والعتق من فعل الحاكم بالقضية المذكورة؛ لأنه تزويجه وشراؤه كان ذلك كنصه على استثناء المقدم فلزمه ثبوت لازمه ضرورة وهو الطلاق والعتق، ولما كان المقدم وهو شراء الشقص المشفوع فيه في مسألة الشفعة ليس من فعل الملتزم المذكر ولم يكن مستثنيا مقدمها فلم يلزمه شراء تاليها ضرورة تدل استثنائه مقدمه.

فإن قلت: هذا لا يرد تخريجه على قوله: اشتر شقص فلان وثمنه علي؛ لأن شراءه ليس من فعل المتلزم.

قُلتُ: يرد بأن التالي وهو إسقاط الشفعة في المسألة المخرجة لا يتصور ثبوته إلا معلقًا على شراء الشقص لامتناع تصور الشفعة ليس من فعل الملتزم المذكور، ولم يكن مستثنيا في الشقص دون شرائه الأجنبي فالتعليق فيه لازم فوجب اعتبار حكمه في عدم لزوم تاليه لمقدمه إلا باستثناء مقدمه، والتالي في مسألة التزام إعطاء ثمنه يصح ثبوته غير معلق؛ لأنه لو قال له: وهبتك ثمن هذا الشقص وذلك قبل شرائه ثم اشتراه لزمته الهبة لم يلزمه إسقاطه؛ لأنه التزم شيئًا يملكه، ولو قال له: أسقطت عنك شفعتي وذلك قبل شرائه ثم اشتراه لم يلزمه إسقاطه؛ لأنه التزم شيئًا لا يملكه.

فإن قلت: ما رد به تخريج اللخمي على ما ذكر لا يرد تخريجه على قوله: إن ملكت عبد فلان فهو حر؛ لأن مقدمه وهو إرثه إياه ليس من فعله.

قُلتُ: المراد بفعله إياه مجرد إسناده له حسًا أو حكمًا دون إسناده لغيره.

[باب الأخذ بالشفعة]

لأن الملتزم شيئًا لا يمكنه الآخذ وهو مستحق الشفعة هو الشريك في الشقص المبيع بعضه حين بيعه غيره، فلا يدخل بائع بعض شقصه، وإن كان شريكًا حين البيع؛ لأن البيع ليس من غيره[1].

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (الشريك) أخرج به ما ليس بشريك وهو جنس ويدخل فيه المحبس؛ لأنه شريك، وقوله: (في الشقص المبيع بعضه) أخرج به الشريك في غير ذلك الشقص.
قوله: (حين بيعه غيره) قال: يخرج به بائع بعض شقصه وإن كان شريكًا حين البيع؛ لأن البيع ليس من غيره، وصورة ذلك أن تكون دار شركة بين رجلين فباع أحد الشركين نصف نصفه لأجنبي فالشفعة لشريكه، ولا يدخل هو وإن كان حين بيعه شريكا؛ لأن البيع وقع منه لا من غيره، وبهذا اعترض رَحِمَهُ اللهُ على حد ابن الحاجب ومن تبعه وهو من محاسنه.
(فإن قلت): كيف قلت: إن المحبس إذا حبس حظه في دار، ثم باع شريكه فإنه يأخذ بالشفعة؛ لأنه شريك والشريك مالك لحصته، وقد نص هنا اللخمي بأن ملكه سقط بالتحبيس، وقد أخذه الشَّيخ من كلام اللخمي قال: وهذا نص في سقوط ملك المحبس وإذا صح ذلك فكيف يقول إنه تدخل في الشريك كما قدمنا.
(قُلتُ): ذلك لم يسلمه له وأحال على الحبس، وأن ما قاله ليس كذلك وأن الملك باق بدليل الزكاة فتأمله، ثم أشار رَحِمَهُ اللهُ إلى قول ابن الحاجب الشريك والمحبس وإن كانت ترجع إليه.
قال: واقتصر ابن شاس على لفظ الشريك، قال: وكلاهما تابع للغزالي في وجيزه معبرًا بلفظ هل كل شريك؟
قال رَحِمَهُ اللهُ: ولا يخفى على منصف إجماله؛ لأنه يدخل فيه ما نبهنا على وجوب خروجه، وهو بائع بعض شقصه، ثم قال: وزيادة ابن الحاجب والمحبس حشو؛ لاندراجه تحت عموم الشريك.
(فإن قلت): قد وقع في السماع أن المحبس عليه إذا أراد إلحاقها بالحبس فله الأخذ بالشفعة.
قال ابن رُشْد: وعلى قياسه لو أراد أجنبي ذلك لصح له ذلك مع أن كل واحد ممن ذكر ليس بشريك فالرسم غير جامع.
(قُلتُ): لا يخلو من مسامحة في ذلك إذا تؤمل، وكذلك ذكر ابن سهل عن ابن زَرْب: أن الناظر في بيت المال له الأخذ بالشفعة؛ لكن هذا قالوا: إنه خطأ؛ لأنه لا يتجر للمسلمين.
(فإن قلت): عامل القراض هل يصدق فيه الرسم؟
(قُلتُ): لا شفعة له؛ لأنه ليس بشريك في رأس المال والله سبحانه أعلم.

وقول ابن الحاجب: والشريك والمحبس إن كانت ترجع إليه، واقتصر ابن شاس على لفظ الشريك، وكلاهما تبع الغزالي في وجيزه معبرًا بلفظ: هو كل شريك، ولا يخفى على منصف إجماله؛ لأنه يدخل فيه ما نبهنا على وجوب خروجه، وهو بائع بعض شقصه.

وزيادة ابن الحاجب: والمحبس حشو؛ لاندراجه تحت عموم لفظ الشريك.

ولابن رُشْد في سماع يحيى: إن كان الشفيع أو المشفوع عليه مسلمًا والآخر كافرً فكمسلمين في الشفعة، وإن كان المسلم البائع فقط ففي كونها كذلك، وسقوطها بردهما لأهل دينهما قولان للأسدية مع بعض روايات المدَوَّنة، ومقتضى قول أشهب في ثاني عتقها، وقول الغير فيه وهو ابن نافع مراعيًا كون أحد الشريكين مسلمًا، وأشهب في المجموعة مراعيًا كون البائع أو المبتاع أو الشفيع مسلمًا، وهذا السماع مع ابن القاسم في ثاني عتقها في عتق النصراني حظه من نصراني بينه وبين مسلم، ولو باع النصراني شقصه من نصراني بخمر أو خنزير وشفيعه مسلم، ففي شفعته بقيمة الشقص أو بقيمة الثمن قولا أشهب مع قول ابن الماجِشُون: لا قيمة له في استهلاكه مسلم فأحرى في دفعه النصراني اختيارًا، وابن عبد الحَكم مع قول ابن القاسم يغرم قيمته مستهلكه.

وفيها: لمالك: إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في الدار حظه، فليس لذي حبس ولا للمحبس عليه أخذه بالشفعة، إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل للأول نصيبه الأول.

ابن سهل: مثله سمع ابن القاسم، وقال ابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ: إن أراد المحبس عليه إلحاقه بالحبس فلهم أخذه بالشفعة؛ لأن المحبس هو الشريك.

قالوا: وكذا إن أراد المحبس أخذه وإلحاقه بالحبس، قالوا: وإن كان مرجع الحبس إلى المحبس فله الأخذ بالشفعة.

قُلتُ: ما أشار إليه من سماع ابن القاسم هو قوله في رسم كتب عليه ذكر حق.

ابن رُشْد: إن أراد المحبس أو المحبس عليهم أخذه بالشفعة لأنفسهم لم يكن لهم

ذلك، وإن أرادوا إلحاقها بالحبس فلهم ذلك، وعلى قياس هذا لو أراد أجنبي الأخذ بالشفعة للحبس كان ذلك له، ولم يحك خلافًا في أخذه لإلحاقه بالحبس.

وقال اللخمي: قيل: لا شفعة للمحبس وإن أراد جعله في مثل الأول، وهو أقيس؛ لأنه لا أصل له، وإذا كان قد سقط ملكه بالتحبيس وكانت الشفعة ساقطة لم يكن له أن يتطوع بإخراج ثمن ملك من لم يكن عليه حق في الانتزاع، وهو كمن أعتق شركًا في عبد وهو معسر، وأراد آخر أن يتطوع في دفع قيمته ليكمل عتقه ولم يأمره المعتق بذلك فإنه لا يقبل منه.

قُلتُ: قوله: وإذا كان ملكه قد سقط بالتحبيس كالنص على سقوط ملك المحبس عما حبسه بتحبيسه إياه، ويأتي في المحبس بيان أنه ليس كذلك، وأن ملكه باق بدليل غلة زكاة الحبس على ملك المحبس، واغتفار النصاب في غلته بضم بعضه لبعض، وكذا في الماشية.

قال: ولو كان الحبس على معينين فعلى قول مالك أنه لا يرجع بعد انقراضهم إلى المحبس.

يعود الجواب لما تقدم على رجوعه ملكًا له تكون له الشفعة ولو لم يلحقه بالحبس، ومثله قال ابن رُشْد.

ابن سهل: قال ابن زَرْب: أفتى بعض الفقهاء وأظنه الحجازي: بأن للناظر في بيت المال إذا وقعت حصة في بيت المال من ملك في المواريث أن يأخذ بالشفعة وهو خطأ، ولا تجب له شفعة؛ لأنه ليس يتجر للمسلمين إنما هو يجمع لهم ما يجب لهم.

فسئل ابن رُشْد عن ذلك وقيل له: قد قال سَحنون في المرتد: يقتل وقد وجبت له الشفعة أن السلطان يأخذ بها إن شاء لبيت المال، وهذا كالنص على الشفعة لبيت المال لها أن يفرق بين المسألتين، فأجاب بأن قول ابن زَرْب ليس بخلاف لقول سَحنون؛ لأنه قال ذلك للسلطان؛ لأن له ذلك، ومنعه ابن زَرْب لصاحب المواريث؛ لأنه لم يجعل له ذلك، فلو جعل له السلطان ذلك كان له.

قُلتُ: ظاهر مسألة سَحنون أن الموروث فيها الشفعة نفسها، وظاهر مسألة ابن زَرْب أن الموروث فيها إنما هو الشقص الذي تجب الشفعة به فتأمله.

الشَّيخ: في الموازيَّة وهو لعبد الملك في المجموعة: إن باع الوصي شقصًا لأحد الأيتام فله الأخذ بالشفعة لباقيهم ولا يدخل فيه من بيع عليه، ولا حجة على الوصي بأنه بائع؛ لأنه باع على غيره.

محمد: ولو كان له معهم شقص لدخل في تلك الشفعة أحب إلي، وينظر فإن كان خيرًا لليتيم أمضاه، وإلا رد لتهمته أن يغتر وبالبيع رخصًا لأخذه بالشفعة.

وقال ابن الماجِشُون في المجموعة: إن كان بيعه على اليتيم سدادًا فلا شفعة له لنفسه لتهمته، فإن استشفع تعقب، فإن كان سدادًا لليتيم أمضى وإلا رد وفسخ بيع المشتري.

وفيها: إن اشترى عامل القراض شقصًا مما هو، أو رب المال شريك فيه؛ فله أو لرب المال الشفعة فيه.

اللخمي: وقيل: لا شفعة للعامل، وهو أبين إن كان عالمًا بالشفعة لإقراره أنه قصد بالشراء الربح، والشفعة إنما هي في رأس المال، وذلك مناف لما أقر أنه قصده، وإن كان ممن يجهل حكم الشفعة، ثم علمه بعد الشراء حلف وكانت له الشفعة، وسمع القرينان: من باع حظه وشريكه مفلس، فقال له رجل: اشفع وأربحك فأخذ وأربحه إن علم ذلك ببينة لا بإقرار الشفيع، رد الشقص لمبتاعه.

في أحكام ابن سهل: إن أراد الأخذ لنفسه بعد فسخ أخذه لغيره لم يكن له ذلك؛ لأنه بأخذها لغيره أسقطها لنفسه.

ابن رُشْد: أجازوا للمدين أخذ الشفعة لتباع للغرماء، وفيه نظر لأخذه للبيع، واستحسن أشهب أن ليس له ذلك.

قُلتُ: مثله قال الباجي.

ابن الحاجب: ويملك بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء، ويلزم إن علم الثمن وإلا فلا.

ابن عبد السلام: يعني أن الشفعة يملكها الشفيع بأحد هذه الوجوه الثلاثة، ويعني بالإشهاد أنه بحضرة المشتري وإلا فلا معنى له، وما تقدم من قول محمد والعتبيَّة على قوله في إمهاله ثلاثة أيام قولان: يصح أن يفسر به هذا الموضع، ثم ذكر ما نقلناه من كلام ابن رُشْد على قوله: في الإمهال.

قُلتُ: لا أعلم هذا المعنى لأحد من أهل المذهب إلا لابن شاس، ولفظه: ويملك الأخذ بتسليم الثمن، وإن لم يرض المشتري، ويقضي القاضي له بالشفعة عند الطلب ولمجرد الإشهاد فيما يملك بشهادة على الأخذ، وبقوله: أخذت وتملكت، ثم يلزمه إن كان علم بمقدار الثمن، وإن لم يكن علم لم يلزمه.

قُلتُ: وهذا تبع فيه الغزالي في وجيزه على عادته في إضافته كلام الغزالي للمذهب لظنه موافقته إياه، وهذا دون بيان لا ينبغي حسبما نبهنا عليه غير مرة، وظاهر كلامهم أن المملوك بأحد هذه الوجوه هو نفس الأخذ بالشفعة لا نفس الشقص المشفوع فيه، وروايات المذهب واضحة بخلافه.

[باب الموجب لاستحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة]

وإن ملك الآخذ نفسه إنما هو ثبوت ملك الشفيع لشقص شائع من كل من ربع واشترى غيره شقصًا آخر منه[1]، فهذا هو الموجب لاستحقاقه الأخذ؛ ولذا يكلفه

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ثبوت ملك الشفيع لشقص شائع من كل من ربع واشتراء غيره شقصا آخر منه)؛ معناه: أن السبب في استحقاق الشفيع للأخذ هو ثبوت ملك الشفيع عند القاضي شقصًا شائعًا من كل ربع، وثبوت شراء غير الشفيع شقصًا آخر من كل الربع، فإذا أثبت هذان الأمران كان ذلك سببًا في استحقاق الأخذ.

قال الشَّيخ: وإنما قلنا ذلك؛ لأن القاضي لا يحكم للشفيع بالاستحقاق إلا بعد ثبوت ما ذكر، فدل على أن الحكم متوقف على هذين الشيئين، ثم ذكر نص ابن فتوح دليلًا على ما ذكر، وأنه لا يكتفي بإقرار المشتري والشفيع هذا معنى ما أشار إليه رحمه الله في معنى الموجب، وذكر قبل ذلك كلام ابن الحاجب.

قال رحمه الله: ابن الحاجب: وتملك بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء ويلزم أن علم الثمن،

القاضي إذا طلبه بالحكم له بالأخذ على غريمه بإثبات ذلك.

وإلا فلا.

قال ابن عبد السلام: يعني: أن الشفعة يملكها الشفيع بأحد هذه الوجوه الثلاثة، ويعني بالإشهاد أنه بحضرة المشتري وإلا فلا معنى له.

ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: لا أعلم هذا المعنى لأحد من أهل المذهب إلا لابن شاس ولفظه: ويملك الآخذ بتسليم الثمن، وإن لم يرض المشتري ويقضي القاضي له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ وبقوله أخذت وتملكت، ثم يلزمه إن كان علم بمقدار الثمن وإن لم يكن علم لم يلزمه.

قال رَحِمَهُ اللهُ: وهذا تبع فيه الغزالي في وجيزه على عادته في إضافته كلام الغزالي للمذهب لظنه موافقته إياه، وهذا دون بيان لا ينبغي حسبما نبهنا عليه غير مرة.

قال: وظاهر كلامهم أن المملوك بأحد هذه الوجوه هو نفس الأخذ بالشفعة لا نفس الشقص المشفوع فيه، وروايات المذهب واضحة بخلافه، ثم ذكر ما قدمنا من رسمه، ثم ذكر بعد ذلك أن قال: وأما ملك الشفيع الشقص المشفوع فيه فلا أعلم فيه نصًّا جليًا إلا ما تقدم من نص المَدَوَّنة، ثم ذكر أنها نزلت بتونس عام خمسين وسبعمائة في شفيع أخذ بشفعته في دار يملك باقيها بشاهدين عدلين دون أن يوقف المشتري ويشهد عليه بذلك، ثم إن الشفيع باع جميع الدار فقام المشتري يخاصم في الدار المذكورة ببيعها دون إشهاد الشفيع عليه بالأخذ، ولم يأت بشيء لو أتى به قبل البيع قدح في الشفعة عليه فوقف القاضي في إمضاء البيع وفسخه، وشاور في ذلك شيخنا أبا عبد الله محمدًا السطي فلم يذكر في ذلك شيئًا غير كلام ابن الحاجب، وما أشار إليه ابن عبد السلام من كلام ابن رُشْد.

قال الشَّيخ: وكنت أنا وبعض فقهاء الوقت وهو الفقيه أبو عبد الله بن خليل السكوني شهيدي النازلة، فعتبنا القاضي في الشهادة في البيع، وكانت شهادتي فيها عاطفًا عليه لاعتقادي فقهه وكونه من خواص القاضي المذكور، فاحتججت على القاضي بنصي المَدَوَّنة.

(الأول): في كتاب الخيار: إذا اختار من له الخيار من المتبائعين وصاحبه غائب، وأشهد على ذلك جاز على الغائب والشفيع بمنزلة من له الخيار، فهذا يدل على جواز الأخذ وإن كان المشتري غائبًا.

(الثاني): من المَدَوَّنة في كتاب الشفعة قال: ولا يجوز بيع الشفيع الشقص قبل أخذه بالشفعة مفهومه أنه يجوز بعد أخذه والعمل بمفهوماتها هو المعهود من طريقة ابن رُشْد وغيره قال: وانفصلت المسألة عن صلح وهذا يحتاج إلى نظر، وانظر ما نقله الشَّيخ الإمام سيدي أبو القاسم من البحث في كلام الشَّيخ، ورأى أن العمل على أن الإشهاد غير نافع، وانظر كلام ابن رُشْد في ذلك وفي ذلك كله ما يحتاج لتأمل ونظر والله سبحانه الموفق.

قال ابن فتوح والمتيطي وغيره: إذا طلب الشفيع المبتاع بالشفعة عند الحاكم لم يقض له حتى يثبت عنده البيع والشركة ويقر المبتاع بالابتياع على الإشاعة ولا يحكم بإقرار المشتري والشفيع حتى يثبت عنده البيع، وأما ملك الشقص المشفوع فيه فلا أعلم فيه نصًّا جليًا إلا ما تقدم من لفظ المدَوَّنة، ونزلت عندنا هذه المسألة عام خمسين وسبعمائة في شفيع أخذ بشفعته في دار يملك باقيها بشهادة عدلين دون أن يقف المشتري ويشهد عليه بذلك، ثم إن الشفيع باع جميع الدار فقام المشتري يخاصم في الدار المذكورة لبيعها دون إشهاد الشفيع عليه بالأخذ، ولم يأت بشيء لو أتى به قبل البيع قدح في الشفعة عليه فوقف القاضي في إمضاء البيع، وفسخه وشاور في ذلك شيخنا أبا عبد الله السطي فلم يذكروا في ذلك شيئًا غير كلام ابن الحاجب وما أشار إليه ابن عبد السلام من كلام ابن رُشْد عليه، وكنت أنا وبعض فقهاء الوقت وهو الفقيه أبو عبد الله بن خليل السكوني فعتبنا القاضي في الشهادة في البيع، وكانت شهادتي فيها عاطفًا عليه لاعتقادي فقهه وكونه من خواص القاضي المذكور.

فاحتججت على القاضي بنص المدَوَّنة: الأول: قوله في كتاب الخيار: إذا اختار من له الخيار من المتبايعين وصاحبه غائب وأشهد على ذلك، جاز على الغائب والشفيع بمنزلة من له الخيار على المشتري، فهذا يدل على صحة أخذه في غيبة المشتري.

الثاني: قوله في كتاب الشفعة: ولا يجوز بيع الشفيع الشقص قبل أخذه بالشفعة.

قُلتُ: فمفهوم قوله: قبل أخذه أنه يجوز بعد أخذه، والعمل بمفهومات المدَوَّنة هو المعهود من طريقة ابن رُشْد وغيره من الشُيُوخ، وإن كان ابن بشير يذكر في ذلك خلافًا، فعمل الأشياخ الأجلة إنما هو على الأول، وانفصل الخصمان بعد طول ومرافعة لأهل الأمر على صلح وقع بينهما.

وشرط لزوم أخذ الشفيع إياه علمه بالثمن؛ فيها: إن قال بعد الشراء: اشهدوا أني أخذت بشفعتي، ثم رجع، فإن علم الثمن قبل أخذه لزمه، وإن لم يعلم به فله أن يرجع.

اللخمي: قوله: أن يرجع ظاهره أن له الأخذ قبل معرفته بالثمن، وفي الموازيَّة: أنه

فاسد، ويجبر على رده.

الصقلي لمحمد عن أشهب: إن لم يعلم بالثمن إلا بعد أخذه لم يجز وفسخ على ما أحبا أو كرها ثم يكون له الشفعة بعد الفسخ، وإذا تعدد الشفعاء واختلف قدر أنصبائهم ففي كونها على قدرها أو على قدر رؤوسهم طرق.

الباجي وأبو عمر: على أنصبائهم، وهو نصها ونص الموطأ.

ابن رُشْد في رسم الأقضية من سماع يحيى رواية ابن القاسم عن عليٍّ ﷺ: لا أعلم في المذهب فيه خلافًا.

اللخمي: على قول ابن الماجِشُون: يقوم باقي عبد أعتق شريكان فيه بالنصف والسدس حظيهما عليهما بالسواء وتكون الشفعة كذلك، وهذا إن كانت فيما ينقسم، وإن كانت في غيره كانت على الرؤوس.

عياض: وخرجه بعضهم من قولها: أجر القسام على الرؤوس، وحكاه ابن الجهم عن بعض أصحابنا نصًّا، وإن أسقط بعضهم حظه فيها أو غاب ففيها مع غيرها الباقي كمنفرد ليس له الاقتصار على واجبه مع أخذ غيره أو حضوره، ولا عليه ذلك.

اللخمي عن ابن حبيب: لو أراد من أسقط حقه في ذلك هبتها لوجه المشتري لم يستشفع إلا بنصيبه، وإن تركه كراهية لأخذه أخذ هذا جميع النصيب.

وفي مختصر الوقار: ليس لمن لم يجز إلا مصابته خاصة، وهو أقيس؛ لأن الذي كان له من الشفعة نصفها والفاضل لغيره، فإذا أسقط الآخر حقه فيه كان لمن ترك له.

قُلتُ: كذا وقع في غير نسخة من التبصرة، وحاصله أن نصيب التارك للمشتري لا للباقي من الشفعاء مطلقًا، وأن ابن حبيب خص ذلك بكون الترك لوجه المشتري، وظاهر المدَوَّنة والعتبيَّة أنه لمن بقي مطلقًا، فتكون الأقوال ثلاثة.

وفي أول كتاب الشفعة سمع ابن القاسم: إن سلم بعض الشركاء الشفعة بعد بيع بعض الشركاء حظه، فلمن أبى أن يأخذ جميع المبيع نصيبه ونصيب من سلم.

ابن رُشْد: إن سلم أحد الشفعاء بعد وجوب الشفعة ولم يقل: لك ولا له على وجه تركها وكراهة الأخذ بها، فلمن بقي أخذ حظه وحظ من سلم من شركائه.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم للخمي عن مختصر الوقار فتأمله.

قال ابن رُشْد: وإن قال للمشتري أو لمن سأله ذلك: سلمت لك شفعتي، فقال أَصْبَغ: إن سلمه على وجه الهبة والعطية للمشتري اختص المشتري بسهام الذي سلم له، وعلى هذا يكون البيع بنزول المشتري منزلة الشفيع البائع الشفعة فلا يكون لمن سواه من الشفعاء شفعة، إلا أن يكون بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حظوظهم، وعلى هذا تأول ابن لبابة رواية ابن القاسم: لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة وجبت له ولا يهبها، فقال: معناه من غير المبتاع.

واحتج لتأويله بروايات كتاب الدعوى: يجوز أن يبيع شفعته من المبتاع بعد وجوب صفقته قبل أن يستشفع، ولا يجوز له بيع ذلك من غيره، وحكى مثله من رواية أشهب أنه لا يجوز له بيعها من غير المبتاع قبل أن يأخذ بشفعته، واختار من رأيه عدم بيعها وهبتها لا من مبتاع ولا من غيره، وهو الصواب، وما جلب من الروايات ليست بجلية لاحتمال حملها على أخذ العوض من المبتاع على تسليم الشفعة له بما يجوز بعد وجوب الصفقة، وسماه بيعًا لما فيه من معنى البيع، وقول أَصْبَغ شاذ بعيد.

وحكى ابن لبابة أنه رأى ابن الحباب عقد لنفسه وثيقة شراء نصيب من رجل من مال، وما وجب له من الاستشفاع في حظ كان بيع من ذلك المال قبل ذلك، فلما تمت الوثيقة قال لي: هذا من غرائب التنبيهات التي لا يعرفها والله غيرنا يريدني ونفسه، فالحاصل أنه لا يجوز للشفيع هبة ما وجب له من الاستشفاع لغير المبتاع ولا بيعه منه، واختلف فيهما للمبتاع على قولين:

أحدهما: جوازهما، فيختص المشتري بذلك، فلا يكون لغير البائع أو الواهب من الشفعاء عليه شفعة إلا أن يكونوا بمنزلته فيكون لهم بقدر حظوظهم، والثاني: أنه لا يجوز فيفسخ البيع والهبة ويكون الشفيع على شفعته وبيع الشفيع حظه الذي يجب له بالشفعة قبل أخذه بها فلا يجوز اتفاقًا، وكذا هبته لا تلزم.

وتسليم الشفعة بمال بعد وجوبها له جائز اتفاقًا.

وفي نوازل ابن رُشْد: إن صالح مشتري شقص أحد شفعائه لغيبة بقيتهم، ثم

قدموا فأخذوا بالشفعة فلا رجوع له على من صالحه، أما على القول باختصاصه بحظ من صالحه فواضح، وكذا على أخذهم حظه؛ لانتفاعه بقلة الشركاء معه، وهو الفرق بين هذه وسماع يحيى ابن القاسم فيمن قتل رجلين عمدًا فصالح أولياء أحدهما على الدية، ثم قام أولياء الآخر فقتلوه؛ أن ورثة القاتل يرجعون بالدية على المصالح لعدم انتفاعهم بالصلح، إذ فائدته حياة وليهم وقد قتل.

قُلتُ: الأظهر في مسألة الشفعة رجوع المشتري على الشفيع المصالح بمناب اختصاصه بحظ الشفيع المصالح، مع انتفاعه بقلة الشركاء بما أخذه الشفيع المصالح، كمن صالح على أمرين استحق منه أحدهما.

وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها حسبما يأتي إن شاء الله تعالى وإن اتحدت، والبائع والمشتري والشقص فواضح، وتعدد الأشقاص فقط كاتحادها، وإن تعدد البائع فقط في مشترك بينهم.

اللخمي: كبيع رجلين حظيهما من دارين أو دار وبستان بينهما فكاتحادهما.

قُلتُ: ولأبي عمر عن ابن القاسم: في ثلاثة شركاء في أرض باع اثنان منهم حظيهما صفقة واحدة ليست للثالث إلا أن يشفع في الجميع أو يدع، وقال أشهب: يأخذ من أيهما شاء.

قُلتُ: وهذا يوهم أن ذلك والمشتري واحد، ولكن آخر قوله: من أيهما شاء يدل على تعدد المشتري فيكون ذلك موافقًا لنقل الجماعة.

اللخمي: ولو كان في غير مشترك بينهما كبيع أحدهم حظه في دار وبيع آخر حظه في بستان لا شركة بينهما فيهما، فقال ابن القاسم: كذلك، وعلى تعدد صفقتهم بتعددهم، وهو القول بأن العقد لو كان بالنسبة لأحدهم حلالًا، وبالنسبة للآخر حرامًا صح الحلال وفسخ الحرام، يكون للشفيع أخذ حظ أحدهم دون الآخر.

الشَّيخ: قال ابن القاسم وأشهب: من ابتاع حظًا من دار من رجل وحظًا من حائط من آخر صفقة واحدة وشفيعهما واحد فليس له إلا أخذ الجميع.

ابن عبدوس: وقاله عبد الملك.

محمد: بيعهما هذا يرد ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع أو أخذ بالشفعة.

أشهب: وكذا إن كان الشفعاء جماعة، فإن أخذوا الجميع على أن لأحدهم النخل، وللآخر الدور فلا قول للمشتري في ذلك، ولو تعدد المشتري واتحدت الصفقة، ففي كونه كاتحاد المشتري وجواز أخذ الشفيع من أحدهما دون الآخر نقل غير واحد عن ابن القاسم وسَحنون مع محمد.

الصقلي: وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه واختار الأول.

اللخمي والتونسي: ونقل الشَّيخ عن محمد أنه أحب إليه.

وفيها: من ابتاع شقصًا من دارين صفقة واحدة وشفيع كل دار على حدة فسلم أحدهما فللآخر أن يأخذ شفعته في التي هو شفيعها دون الآخر، ونحوها في النوادر عن الموازيَّة: لكل واحد أخذ ما هو شفيع فيه بعد فض الثمنين على الشقصين، فإن أخذ قبل معرفة ذلك فأخذه باطل، ثم له أخذه بعد العلم.

[باب الشريك الأخص والأعم]

وشاع إطلاق مسمى الشريك الأخص والأعم فالأول من شارك شريكه في جزء يخصهما من كل فيه شريك غيرهما، والأعم من شارك شريكه في كل جزء مشترك فيه[1]، فيصدق الأعم على شريك في كل غير جزء كأحد بني من مات عن دار وترك

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الأول)؛ أي: الشريك الأخص من شارك شريكه هذا جنس يعم الأعم مطلقًا، والأعم بالنسبة إلى الأخص.

قوله: في جزء يخصهما كالثمن والسدس وجزء التعصيب للعصبة، وقوله: من كل يتعلق بجزء، وقوله: فيه شريك إلخ صفة لكل فلو فرضنا دارًا اشتراها رجلان، ثم مات أحدهما عن زوجتين أو أختين وعصبة فالشركاء قد تعددت، والوجوه قد اختلفت، فإذا باعت زوجة مثلًا حظها ففي المسألة شفيع أخص هو وشفيع أعم فالأخص الشريك الذي شارك شريكه في جزء يخصهما كالزوجة مثلا فإنها شاركت شريكها في جزء يخصهما من كل وهو مجموع الدار وفي ذلك الكل شريك غيرهما، وهو الأجنبي وغيره فالأخص هو الأحق بالشفعة هذا معنى الأخص من كلامه ﵀، وأما الأعم فمعناه الشريك الذي شارك شريكه في كل الدار وبجزء مشترك فيه

كالشريك الأجنبي فيها مع غيره من الشركاء، وأما أحد العصبة فإنه أخص بالنسبة إلى الأجنبي لصدق خاصية الأخص عليه؛ لأنه شارك شريكه بجزء يخصهما في كل فيه شريك غيرهما وأعم بالنسبة إلى الزوجتين، فإذا أسقطت الزوجة حقها في الشفعة أخذ سهمها العصبة وقدم على الأجنبي هذا معنى الأعم والأخص، ووجدت مما كان يمضي في البحث هنا أن قيل: إن العصبة في الدار المفروضة قد قالوا بأنهم بالنسبة إلى الأجانب حكمهم حكم شريك أخص، وبالنسبة إلى أهل السهام حكم شريك أعم فإن صح ذلك فكيف يصدق حد الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ على الأخص في العصبة؛ لأنه إن اعتبرت خاصية الأخص في ذلك وصح أن الشريك أخص بطلت في طرف الأعم من الأجانب فتأمل ذلك.

(فإن قلت): الأخص فيه ما في الأعم وزيادة كإنسان فيه الحيوانية وزيادة الناطقية، فكيف ذلك في الشريك الأعم مع الأخص.

(قُلتُ): ليس القصد بالأخص والأعم يعني به في الإنسان والحيوان؛ بل القصد بالأخص الأقعد في الشفعة والأعم الأبعد منه كما يقال: الحوز الأخص والحوز الأعم، ولا يمكن أن يقال الأخص فيه المشاركة في الكل بجزء مشترك فيه، وهذا من خاصية الأعم فقد اشتمل الأخص عليه كاشتمال الإنسان على الحيوان، وفيه زيادة أنه شارك شريكه بجزء خاص بهما من كل فيه شريك غيرهما، وهذا المعنى ليس في الأعم، فإن جزأه الذي وقع مشترك فيه والأمر الذي يخص الشريكين أمر دخلا فيه مدخلًا واحدًا إما بفرض أو تعصيب أو شراء أو جزء اختص به في نفسه، ثم مات عنه فورثه جماعة وعلى هذا يفهم ما وقع لابن الموَّاز عن أشهب إذا اشترى ثلاثة دارًا أو ورثوها، ثم باع أحدهم نصيبه لنفر ثلاثة وسلم شركاؤه فإذا باع أحد النفر الثلاثة فالشفعة لأصحابه وهم أحق من شريكي البائع وإذا باع أحد الشريكين دخل النفر مع الباقي من الشريكين، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ لما قرر ما قرر من الأخصية والأعمية.

قال: فيصدق الأعم على شريك في كل غير جزء، ويصدق الأعم على شريك في جزء هو كل بجزء منه؛ أي: من الكل والمقصد أن الشريك الأعم يصدق على أحد معنيين بحده.

(فإن قلت): كيف يصح ذلك مع قوله في رسم الأعم: من شارك شريكه في كل بجزء مشترك فيه.

(قُلتُ): لا يعني بالكل هنا مجموع الماهية كلها الذي وقع الاشتراك فيها بالأنصباء بل معنى ذلك كل في كل مطلقًا والكل المطلق له حالتان حالة لا يكون جزءًا من غيره، وحالة يكون جزءًا لغيره كالإنسان والحيوان، وإنما ذكر هذا ليفرع عليه ما يذكره بعد، ومثال القسم الأول قال: من ترك ثلاث زوجات وبنين من غيرهن فالزوجة شريك للبنين وشريكة للزوجتين، فشركتها للزوجتين شركة خاصة، وشركتها للبنين شركة عامة، فأحد البنين يصدق عليه حد الشريك الأعم؛ لأنه شارك شريكًا في كل فيه شريك غيرهما، والكل هنا أصل الفريضة ليس جزءًا من كل آخر؛ لأنها

ليس فيها مناسخة ومثال للقسم الثاني وهو الشريك الأعم الذي يصدق فيه أنه شريك في جزء هو كل لجزء من الكل.

قال ﷺ: كإحدى الزوجات من المسألة، وقد ماتت ثانية عن زوج وأختين فالزوجة التي ماتت عن زوج وأختين صار بسبب موتها الجزء الخاص بالزوجات مشتركًا فيه فإحدى الزوجتين بعد الموت يصدق عليها أنها شريك أعم بالنسبة إلى من صار وارثًا في الثمن لصدق خاصية الشريك الأعم فيه، وهو مشارك شريكه في كل مشترك فيه فقد صدق حد الأعم على صورتين كما ذكر كل ليس جزءًا، وكل هو جزء فإحدى الزوجتين بعد موت الزوجة الثانية يصدق عليها أنها شريك أخص بالنسبة إلى سهام غير الثمن، وكذلك من دخل معها في الثمن وشريك أعم بالنسبة إلى ورثة الميتة، وتأمل إذا وقع البيع من إحدى الزوجين أو من ورثة الميتة وأجر على ذلك أن الأعم لا يدخل على الأخص، وأن الأخص يدخل على الأعم والله سبحانه أعلم، ولما حقق الأعم والأخص هنا بين أن المواريث تنقسم إلى أربعة أقسام الأعم الذي ليس فوقه عموم كالجنس العالي كالأعم من أحد البنين؛ لأن ذلك الأعم ليس فوقه عموم يدخل تحته يكون جنسًا له بل هو جنس الأجناس، ومثل ذلك المنطقيون بالجوهر الذي المراد به الموجود لا في الموضوع، ومقابله العرض وتحته جوهر مجرد وجسم وهما نوعان له، هكذا قرره بعضهم ولا يصح أن يكون الجوهر الفرد هو جنس الأجناس، وهو ظاهر والله أعلم وشريك أعم فوقه وتحته كالمتوسط في الأجناس كأحد الزوجات في الفريضة؛ لأن الكل المشترك فيه وهو الثمن في الفريضة فوقه عموم وهو جزء من كل وتحته عموم، وهو نصيب الميتة باعتبار فريضة ورثتها، ونظير هذا جسم والسافل كأحد الأختين؛ لأن عمومه ليس تحته عموم ونظير هذا الحيوان عندهم.

قال: والمنفرد كزوج أحد الأختين ماتت عنه وعن أختها هذه الفريضة باعتبار شركة الأعم والأخص تشبه الأجناس الأربع يعني، فيقال: في زوج أحد الأختين شريك أعم ليس تحته عموم ولا فوقه عموم.

(فإن قلت): إنهم قالوا لا نظير لهذا القسم عند أهل السنة؛ لأن الفلاسفة نظروا ذلك بالأرواح المفارقة والعقول، وعندنا لا يخرج الموجود الحادث عن جوهر أو عرض.

(قُلتُ): هذا صحيح؛ ولكن الشَّيخ فرع على تسليم ذلك، والحاصل من قصده أن في كلامهم ما يقتضي قسمة رباعية بالنسبة لرسم الشريك الأعم، فالذي يشبه الجنس العالي من له مشاركة في عام ليس فوقه ما يدخل تحته، وهذا كالجنس العالي كأحد البنين من الفريضة الأولى، والسافل كأحد الأختين في المسألة، فإنه قد وقفت المشاركة في حظ ليس تحته عام غيره، والمتوسط: مثل إحدى الزوجات الباقيتين؛ لأن ما وقعت المشاركة فيه فيه عموم فوقه وعموم تحته، وهو حظ الميتة والمنفرد كزوج من ماتت عن زوجها وعن أختها كما قدمنا والله أعلم.

ثلاث زوجات وبنين من غيرهن، وعلى شريك في جزء هو كل جزء منه، كإحدى الزوجات من المسألة وقد ماتت ثانية عن زوج وأختين، فالمراتب ثلاث: عال وسافل ومتوسط، ورابعها: والمنفرد كالأجناس، فالعالي كأحد البنين في المسألة، والمتوسط كإحدى الزوجات، والسافل كإحدى الأختين، والمنفرد كزوج من ماتت عنه وعن أختها فالأخص أشفع من الأعم فيها الأخ أشفع من العم فيما باعه أخوه من حظ أبيهما من دار جدهما.

اللخمي: قال ابن القُصَّار: اختلفت الرواية عن مالك فقال: الأخ أولى بما باعه أخوه من العم، وقال أيضًا: كل من له ملك في ذلك الشيء فله حقه من الشفعة فيما يبيعه أحد الشركاء.

قال: وهو القياس، وسوى بين الورثة والشركاء، فإن كانت الدور تنقسم اتساعًا، فالجواب على ما رواه ابن القاسم، وإن لم تنقسم ولا أثلاثًا فالشريك بإرث أو شراء سواء، وإن اقتسمت أثلاثًا لا اتساعًا فباع أحد الأعمام فالشفعة لجميعهم، وإن باع أحد بني الإخوة فعلى قول مالك: الشفعة فيما لا ينقسم يتشافعون دون أعمامهم، وعلى قوله: لا شفعة فيه، فهي للأعمام دون بني الإخوة، ولو كانت الدار فيها شرك بغير وراثة، ووراثة بعد وراثة فعلى قولها أهل الوراثة السفلى أحق فيما باعه بعضهم، فإن سلموا فأهل الوراثة الأولى، فإن سلموا كانت للشركاء، وإن باع أحد الشركاء فالشفعة لجميعهم لبقية الشركاء وأهل الوراثتين، وعلى الرواية الأخرى: الشفعة بين الشركاء وأهل الوراثتين في بيع كان من أحدهم، ولو كانت دار بين ثلاثة باع أحدهم حظه من ثلاثة، ثم باع أحد، ثم باع أحد هؤلاء حظه من الثلث فقال ابن القاسم: الشفعة لجميعهم، وقال أشهب: لبقية أصحاب الثلث، ورأى الشركة بإرث وغيره سواء، وهو أبين.

وفيها أهل الفرض الواحد أشفع من سائر الورثة كالبنات والزوجات أو الجدات.

وفي كون العصبة أشفع فيما بينهم من ذوي الفروض، ودخول ذوي الفروض

عليهم روايتان.

وفي كون الموصى لهم أشفع قولان، ولو كانت أخت شقيقة وأخوات لأب فباعت إحداهن، ففي كون الشفعة لجميعهن أو لبقية الأخوات للأب قولا ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: وهو أحسن.

الشَّيخ: روى محمد: من أوصى له بثلث دار فهو شفيع مع الورثة فيما باع بعضهم.

محمد: لأنه رجل واحد.

الشَّيخ: كذا في الأم، فإن أوصى أحد ولد الميت بحظه لرجل ثم باع واحد من بقية الولد، فإن من أوصى له الولد يدخل في ذلك مع بقية الإخوة، ولم يختلفوا في هذه فليس كالذي أوصى لهم أبوهم الذي ورثوا الدار عنه؛ لكنه كمبتاع من أحد البنين فيحمل محمل بائعه، ولابن رُشْد في رسم الأقضية من سماع يحيى: أهل السهم الواحد كالزوجات والجدات والإخوة للأم يتشافعون بينهم لا يدخل عليهم غيرهم من الورثة، ويدخلون هم عليهم هو قول مالك وأصحابه إلا ابن دينار، واختلف في العصبة والموصى لهم بجزء والمشترين لهم للسهم أهل سهم كاشتراء جماعة ثمن الزوجات، والمشترين لحظ واحد من الورثة فقول أشهب واحد: قولي مالك: أن كل طائفة منهم أهل سهم واحد يتشافعون بينهم دون سائر الورثة.

وقال ابن القاسم: ليسوا كذلك فيدخل الورثة كلهم عليهم، واختلف في الأخوات للأب مع الشقيقة، فقال ابن القاسم: كلهن أهل سهم واحد، وقال أشهب: الأخوات للأب مع الشقيقة أهل سهم واحد في السدس.

اللخمي: في المجموعة: إن باع الحاكم أرض ميت في دين عليه مزايدة فقال أحد ورثته: بعد البيع أؤدي من الدين قدر ما علي، وآخذ حظ شركائي بالشفعة فله ذلك إن كان في بقية ما يباع منها تمام الدين، وقاله ابن كنانة.

وفي كتب المدنيين: إن كان في ثمن الباقي وفاء بالدين قال: ولو قال بقية الورثة: يباع جميعه؛ لأن فيه فضلا لنا؛ لم يكن لهم ذلك، وإن لم يف الباقي بالدين بيع جميعه؛

لأنه أثمن لهم، وقاله ابن القاسم، وقال عيسى: هذا أحب إلي فلم يراع نقص الثمن بين الورثة إذا أوفى بالدين، وهذا أصل في كل شريكين فيما لا ينقسم دعا أحدهم لبيع أنه يبيع حظه فقط، ولو كان بيع الجملة أثمن، وقاله ابن القاسم في كتاب القسم في المدَوَّنة فيما لا يحمل القسم أنه يقسم، وإن كان البخس في الثمن إذ يؤدي إلى فساد المقسوم، وفساده أعظم مضرة من نقص الثمن في بيع أحدهما حظه بانفراده.

[باب المشفوع عليه]

المشفوع عليه: من ملك بعوض مشاعًا من ربع باقيه لغير بائعه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من ملك) جنس، وقوله: (بعوض) أخرج به الهبة إذا ملك بها فإنه لا يكون مشفوعًا عليه.

قوله: (مشاعًا) احترز به من غير المشاع، فإن الشفعة إنما هي في المشاع وما قسم لا شفعة فيه للحديث الوارد فيه.

قوله: (من ربع) أخرج به غير الربع.

قوله: (باقيه لغيره) أخرج به إذا باع بعض حظه، فإن الباقي لنفسه، وبعد أن شرحنا رسم الشَّيخ في المشفوع عليه، وقررنا أن الضمير المضاف إلى (غير) يعود إلى البائع ليخرج ذلك عن الحد؛ لأن الباقي إنما هو للبائع في الصورة المذكورة، وقررنا الكلام على هذا المعنى، ثم أورد بعض الفقهاء سؤالًا في كلام الشَّيخ على ما وقع الفهم عليه، وهو أنه قال: يرد على الحد أو الرسم إذا باع الشريك بعض حصته، فإن الباقي ليس هو لغير البائع؛ بل له ولغيره.

فلما سمعنا هذا السؤال ترددنا في الضمير لعله يصح عوده على المشتري، ويصح الكلام بذلك فوجدناه لا يصح، فقلنا في الإشكال إذًا دائمًا إما أن يعود الضمير للمشتري أو للبائع، فإن عاد على المشتري فتدخل صورة على رسمه ويلزم أن يكون من باع من داره حظًا أن المشتري مشفوع عليه وذلك باطل اتفاقًا، وإن كان الضمير يعود على البائع فيلزم أن يكون الشريك لا شفعة له؛ لأنه لم يكن الباقي في الكل لغير البائع بل الباقي له ولغيره هذا مع ما وقع الإشكال به في الصورة المذكورة، ثم وجدنا في مبيضة الشَّيخ أن الرسم من ملك بعوض مشاعًا من ربع باقيه لغير البائع فعين ذلك ما ذكر من عود الضمير، وخرجت صورة النقض بمن باع بعض ملكه من الربع وبقيت عليه صورة ما إذا باع بعض حصته مع شريك له فلم يظهر الجواب عن هذه الصورة، ثم ظهر في البحث أيضًا أن قلنا إن الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ قال في هذا الرسم: من ملك وخصص ذكر الملك؛ لأن الشفعة

الشَّيخ: لابن حبيب عن مُطَرِّف: من تصدق بنصف دار شائعًا وباع باقيها من آخر نسقًا فالشفعة للمتصدق عليه إن قدمه في لفظه، وإلا فلا إن كان ذلك إنشاء، وإن كان خبرًا كقوله: كنت تصدقت على فلان وبعت من فلان، ففي كونه كذلك ولغو الشفعة

لا تستحق إلا بعد إثبات الملك فلم يعبر بقوله: من عاوض بعوض مثلا؛ لأن ذلك لا يقتضي ملكًا وإنما يفيد الحيازة، فيقال عليه إذا صح ذلك وبنى عليه هذا الرسم فلم عدل عن ذلك في رسمين قبل هذا الأول في الموجب، لاستحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة؛ لأنه قال: فيه ثبوت ملك الشفيع لشقص شائع من كل من ربع واشتراء غيره شقصًا آخر منه فقد ذكر الملك في ثبوت ملك، ولم يذكر ذلك في طرف المشتري للشقص فعلى ذلك يقول، وملك غيره شقصًا آخر منه، وقال في الأخذ للشفعة: هو الشريك فيها الشقص المبيع بعضه حين بيعه غيره فلم يذكر الملك؛ وإنما ذكر البيع فعلى مقتضاه يقول فيما الشقص المملوك بعضه إلخ.

وإن كان البيع لا يقتضي ملكًا فلأي شيء خصص بعض الرسوم بذكر الملك دون بعض، والشفعة لا يستحق الأخذ بها إلا بعد إثبات الموجب في الملك وإثبات ملك المشتري، فإذا صح ذلك حكم القاضي بالشفعة، وهذا يحتاج لتأمل ونظر وجواب.

(فإن قلت): إذا وهب جزءًا من شقص ففيه الشفعة في رواية عن مالك، وقيل: لا شفعة وهو الصحيح، والشَّيخ: ظاهره لا خلاف في عدمها.

(قُلتُ): حده إنما هو هنا للمشهور فيما يظهر، وهذا فيه اضطراب في مواضع من حدوده.

(فإن قلت): إن صح الجواب بذلك عن الهبة فكيف يصح الجواب عمن أوصى أن يباع حظه من دار من رجل بعينه، والثلث يحمله، فإن اللخمي ذكر عن المذهب: أنه لا شفعة فيها، وذكر عنه سَحنون في نظيرها: أن لا شفعة، وذكر عن الباجي: أن الأظهر ثبوت الشفعة، فهذه الصورة يصدق عليها حده مع أنه لا شفعة فيها.

(قُلتُ): لعل الشَّيخ رأى أن ذلك من الموانع التي منعت من ثبوت الشفعة بعد قبولها، ولو زاد الشَّيخ في الرسم: بعد الربع ما ألحق به لكان حسنًا خوفًا من الشفعة في الثمار؛ لأن فيها الشفعة على قولها والله أعلم.

(فإن قلت): هبة الثواب قالوا: إنها كالبيع فهل تدخل في العوض.

(قُلتُ): إن وقع الثواب قبل الفوات فكذلك، وإن وقع بعد الفوات ففي ذلك ما هو معلوم في المدَوَّنة وغيرها، وذلك عوض بالقيمة، وقوله: مشاعًا مفعول، وما بعده صفة له والله أعلم، وتأمل لأي شيء عدل عن مالك، وهو أخصر من قوله: من ملك، ويؤدي معناه والله أعلم بمعنى كلامه وهو الموفق للصواب.

مطلقا قولًا أَصْبَغ ومُطَرِّف.

اللخمي: من أوصى أن يباع حظه من داره من رجل بعينه، والثلث يحمله لم يكن للورثة فيه شفعة؛ لأن قصد الميت ملكه له فالشفعة رد لوصيته، وجعل سَحنون الجواب إن أوصى ببيع حظه ليصرف ثمنه للمساكين، كذلك لا شفعة للورثة فيه.

قال: إذا كان الميت باعه والقياس أن لهم الشفعة لتأخير الميت البيع لبعد الموت لوقت لم يقع البيع إلا بعد ثبوت الشركة، وذكر الباجي قول سَحنون، وقال الأظهر عندي: ثبوت الشفعة؛ وبلغني عن محمد بن الهندي؛ وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة.

المتيطي: فإن باع الورثة حظوظهم قبل بيع الوصي للثلث، فلا شفعة للثلث.

اللخمي: ولو أوصى أن يباع من رجل بعينه والشريك حي كانت فيه الشفعة.

والمعروف لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة.

الجلاب: من وهب سهمًا من دار أو أرض مشتركة ففيها روايتان، إحداهما فيه الشفعة بقيمته.

اللخمي: رواية إسقاطها أصوب.

ابن عات: عن الأبهري: رواية الشفعة فيها بالقيمة؛ لأنه نقل ملكه لغيره اختيارًا كالبيع ولم يشبه الميراث؛ لأنه نقله على غير اختيار.

قُلتُ: وهذا يدل على نفيها في الميراث اتفاقًا وهو ظاهر نقل غير واحد.

وفي المعلم للمازري: حكى الطائي عن مالك الشفعة في الميراث، وهو شاذ لم يسمع إلا منه فيما أعلم.

وفيها مع غيرها: لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بته.

الشَّيخ: عن الموازيَّة: لو سلم الشفيع شفعته قبل تمام الخيار لم تبطل شفعته، وله القيام إذا تم البيع، فلو بت بعد بيع بت بعده ففي كون الشفعة للمبتاع البتل على مبتاعه، وعكسه قولان لأشهب وابن القاسم فيها مع غيرها بناءً على أن بته مثبته يوم بت أو كاشف بته يوم عقد، وعليها مع الخلاف في كون بيع ما به الشفعة يسقطها أو لا

في مستحقها؟

قال اللخمي: أربعة، لمبتاع البتل على مبتاع الخيار، ولبائع البتل عليه، ولمبتاع الخيار على مبتاع البتل، ولبائع الخيار عليه.

الباجي: لمحمد عن أَصْبَغ عن ابن القاسم وابن حبيب عن مُطَرِّف لمن صار له شقص بيع الخيار بالشفعة في بيع البتل صار لبائع أو مبتاع، ابن زرقون: هذا كقولها والبرقي وابن عبد الحَكم وابن الماجِشُون وأشهب.

الباجي: وقال محمد وأَصْبَغ: هي للبائع بالخيار في بيع البتل ثم بيع الخيار أورد، وقال أشهب: هي لمبتاع البتل فيما بيع بخيار.

ابن زرقون: هذا كقول سَحنون، فالحاصل ثلاثة أقوال: هي للبائع بخيار بكل حال، الثاني: لمشتري البتل إن نفد بيع الخيار، الثالث: لمن صار له الشقص من بيع الخيار في بيع البتل.

قال ابن الحاجب: فلو باع نصفين لاثنين خيارًا أو بتلًا، ثم أمضى ففي تعيين الشفيع قولان، بناءً على أن البيع من العقد أو من الإمضاء، وعليه وعلى الخلاف في بيع المستشفع بها إذا باع حصته بالخيار، ثم باع شريكه الآخر بتلًا ثم أمضى، جاءت أربعة: ماض أولًا، ويشفع بالشفعة لبائع البتل، مقابله لمشتري البتل، الثالث: لمشتري الخيار، الرابع: لبائع الخيار.

ابن عبد السلام: معنى قوله: مقابله لمشتري البتل؛ أي: مقابل القول الأول في الأصلين الذين بنى عليهما القول الأول أن لا يعد ماضيًا إلا حين الإمضاء، ومن باع شقصه الذي يستشفع به بعد بيع شريكه سقط حقه في الشفعة فيلزم عليه أن تكون الشفعة لمشتري البتل، وكلام المؤلف هنا صحيح إلا أنه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذا القول زيادة مستغنى عنها، وهو أنه فرض إن بيع الحصة المستشفع بها لا يضر في طلب الشفعة، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول الثاني، وإنما يحتاج لكون بيع الخيار منحلا فتأمله.

قُلتُ: ما نقله عنه من الزيادة المذكورة لم أجدها في نسخة من نسخ ابن الحاجب،

ومعناها مناف للقول الذي زعم أنه بناه عليها، وقوله: إنما يحتاج لكون بيع الخيار منحلًا، ظاهر إتيانه بلفظ إنما أن القول الثاني لا يفتقر في ثبوته إلا لكون بيع الخيار منحلًا، ومعلوم بالبديهة لمن فهم أصل المسألة أنه لا يتقرر إلا بأمرين، كون بيع الخيار منحلًا وأن ثبوته إنما هو يوم بت، وكون بيع الشقص المستشفع به يسقط الشفعة فتأمل هذا منصفًا.

ومن ملك عدة مراجع مبهمة من أرض بهبة ففي لغو شفعته فيما بيع منها بعد هبته قبل معرفة قدرها بقيسها.

نقل ابن رُشْد سماع أشهب فتوى مالك وقوله: مخطئا لها، ولو ملك ذلك بشراء فقولان لفتوى ابن رُشْد مع نقله فتوى ابن عتاب، ورجوع بعض قضاة وقته عن ثبوتها للغوها.

وفي كون لغوها لعدم تمام ملكه ما به الشفعة قبل الحكم بشركته بقيس الأرض أو لفساد البيع.

قولا ابن رُشْد محتجًا: بأن لا شفعة إلا بما ضمنه قبل بيع ما يشفع فيه، وقال: لو هلك جزء من الأرض قبل قيسها كان من بائعها إجماعًا وبعض قضاة وقته محتجًا بجهل قدر المبيع قبل قيس الأرض مع علماء بعض عصره محتجًا بجهل صفته إن اختلفت الأرض اتفاقًا، وعلى قول الغير وإن استوت؛ لأن في الدور منها من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز إن تساوت، ولا يجوز إن اختلفت حتى يسمي موضعًا منها.

وقال غيره: لا يجوز ولو تساوت حتى يسمي موضعًا منها، فمنع الغير ولو تساوت؛ لأن الواجب قيمتها فهو اكتراء لما يخرجه القسم، فخطأ ابن رُشْد الأول بمنع جهله؛ لأن عشرة مراجع من أرض مجهول قدرها معلوم؛ لأنها عشرها إن كانت مائة، وخمسها إن كانت خمسين، والثاني: بأن معنى مسألة الدور أن المكتري يختار ذلك منها والأغراض تختلف في الجهات، ولو كان لا على الاختيار جاز إجماعًا.

قُلتُ: الأظهر ثبوتها، ويرد قول ابن رُشْد وما أشار إليه من الإجماع بقولها: من ابتاع شقصًا بخيار له شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع

الخيار فالشفعة لمبتاعه، وإن رد فهي لبائعه.

قُلتُ: فجعل له الشفعة بشقص غير مضمون؛ لأن المبيع على خيار ضمانه من بائعه فتأمله، ولأشهب: من ابتاع شقصًا فرده بعيب أو أراد رده فطلب شفيعه أخذه بعيبه فلا شفعة له، وقاله سَحنون فيه وفي استحقاق أكثره، وقال سَحنون: إن أفلس مشتري الشقص فرجع إلى بائعه ففيه الشفعة؛ لأنه بيع جديد.

وسمع يحيى ابن القاسم: من اشترى دارًا بعبد أو عرض فاستحق نصف الدار، فردها المشتري على البائع فلمستحق النصف أخذ النصف الباقي بالشفعة.

ابن رُشْد: قوله: له الشفعة فيه، وإن كان لم يقم فيه إلا بعد رده على البائع هو على أن الرد بالعيب ابتداء بيع، وعلى أنه نقض لا شفعة فيه، وعلى الشفعة هو مخير في كتب العهدة على من شاء منهما كمن اشترى شقصًا ثم باعه من بائعه، ولو قال المشتري: أرد النصف الباقي وآخذ عبدي، وقال المستحق: آخذ بالشفعة، فالقول قوله على قياس هذا القول، وهو نصها، وتعقبه سَحنون، وقال: لا نقول به؛ لأنا لا نعرف من قوله خلافه، وقوله: على أن الرد بالعيب نقض؛ لأنه إذا كان من حقه نقضه وجب أن يبدأ على الشفيع إذا أراد الرد.

وفي حواشي بعض الكتب على مسألة المدَوَّنة قال سَحنون: لا شفعة للشفيع؛ لأن البيع لم يتم، ولا يستقيم كتب قول سَحنون هذا على مسألة المدَوَّنة؛ لأنه ما تكلم فيها إلا على أن الشفيع قام يطلب بالشفعة قبل الرد وأراد أن يمنعه من الرد، وإنما يحسن كتب قول سَحنون هذا على مسألة سماع يحيى هذه؛ لأنه رأى الرد فيها بالعيب نقضًا للبيع فأبطل الشفعة، وهو القياس.

ابن حارث: من استحق منه نصف أرض ابتاعها فتمسك بباقيها فللمستحق الشفعة فيه اتفاقًا.

واختلف فيمن يبدأ بالتخيير فقال ابن القاسم: يبدأ المستحق، فإن أراد الشفعة فلا قول للمشتري، وقال أشهب: يبدأ المشتري إن رد فلا شفعة، وقاله سَحنون.

وفيها مع غيرها ثبوتها فيما تزوج به أو خولع به أو صولح به من عمد أو خطأ

وثبوتها لمستحق شقص من يد مبتاع كله بملك قبل ابتياعه على مبتاعه.

وقال أبو عمر: الخلاف قديم في المستحق هل له أن يستشفع بالشقص الذي استحق من أثبتها له، قال: ظهر لنا تقدم ملكه، ومن نفاها قال: إنما ملك يوم استحق؛ لأنه لأخذ الغلة من المشتري ولا من البائع الجاحد له.

الباجي: سمع يحيى ابن القاسم: لو رد المبتاع ما بقي من الدار للبائع لاستحقاق نصفها فللشفيع، الأخذ بالشفعة لا يقطعها رد المبتاع ما بقي بيده.

الشَّيخ: قال محمد: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري.

أشهب: وله يدفع الثمن إن كان دفعه للبائع، وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وللشفيع قبضه من البائع، وعهدته في كل ذلك على المبتاع.

ابن رُشْد: وفي المدَوَّنة ما يدل على أن الشفيع مخير في كتب عهدته على من شاء منهما، وليس بصحيح، والأولى تأويله على المنصوص في المذهب، وإنما يكون على البائع في المقارض يبتاع بمال القراض شقصًا هو شفيعه أو رب المال شفيعه؛ لأنها إن كانت لرب المال فالمال ماله فلا يصح كتبها له عليه، وإن كانت للمقارض لم يكن له جعلها على رب المال فيما ابتاع من ماله.

عياض: وعلقت من كتاب ابن عتاب عن بعض الشُيُوخ أن سَحنونا يقول: أن أخذ العامل بالشفعة في شقص هو شفيعه فعهدته على رب المال في مال القراض، وقول ابن عبد السلام: وعن سَحنون: أن للشفيع أن يكتب عهدته على من شاء من بائع أو مبتاع لا أعرفه، ابن حبيب: إن حكم على المبتاع بشقصه فأبى أخذ الثمن وقفه له الحاكم والشفيع منه بريء، وقاله أشهب إن غاب المبتاع وبعدت غيبته.

وفيها مع غيرها رواية محمد: إن تقايل المتبايعان فللشفيع الشفعة بعهدة البيع لا بالإقالة، محمد عن أشهب: هذا استحسان، كان المقيل البائع أو المبتاع، والقياس أخذه من أيهما شاء، لو قاله قائل لم أعبه.

ابن حبيب: عن الأخوين: إن رأى أن تقايلهما لقطع الشفعة فهي باطلة، والشفعة بعهدة الشراء، وإن رأى أنها صحيحة فهي بيع، وله الشفعة بأيهما شاء، ولأشهب

والأخوين: إن تقايلا بعد تسليم الشفعة فالإقالة بيع حادث.

قال الأخوان: وكذا لو ولاه أو أشرك فيه، واستشكل قولها بأنه لو كانت الإقالة بيعًا وجب تخييره في أخذه بالبيع أو الإقالة، وإن كانت حلًا فلا بيع فلا شفعة، وأجيب بأنها حل اتهما فيه على قطعهما شفعة وجبت.

وتعقب ابن عبد السلام قول أشهب والأخوين على أن الإقالة حل؛ لأنها بعد تسليم الشفعة فلا تهمة تلحقهما، يرد بعدم انحصار تهمتهما في البيع الأول المسلم شفعته لصحة لحوقها لهما في جعلهما البيع الثاني إقالة.

وفيها مع غيرها لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من عين أو بئر، ولا يحط للشفيع لذلك شيء من الثمن، أما أخذه بجميع الثمن وإما ترك، وكذا لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو ليوسعه؛ إما أخذه الشفيع مهدوما مع نقضه بكل الثمن، وإما ترك.

عياض: قوله: هذا مثله آخر الكتاب، فدليله أنه يسقط عنه ما هدمه لوجه لا ما هدمه عبثًا ولغير منفعة فيجب أن يكون في ذلك ضامنًا؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

وفيها: من ابتاع نخلاً لا ثمر فيها فاغتلها سنين فلا شيء للشفيع إن قام من الغلة، وتقدم القول فيما يستحق به الشفيع الثمرة.

ابن سهل: إن أكرى الشقص مشتريه ثم قام الشفيع، نزلت بطليطة، وأكراه لعشرة أعوام فأفتى ابن مغيث وابن أرفع رأسه وغيرهما، وقاله الشارقي حاكي النازلة: ليس له فسخ الكراء، إنما له الأخذ بشفعته إن شاء كعيب حدث بالشقص، ودليلهم قولها: من ابتاع أرضًا فزرعها ثم استحق بعضها وأخذ بالشفعة باقيها فله كراء ما استحق إن استحقه قبل خروج الإبان، ولا كراء له فيما شفع فيه؛ لأنه لم تجب له الأرض إلا بعدما أخذها وقد زرعها قبل ذلك، وما استحقه وجب له قبل الزراعة.

قال الشارقي: وكتبنا بها إلى قرطبة فأفتى ابن عتاب وابن القطان وابن مالك: له الأخذ بالشفعة وأن يفسخ الكراء، ودليلهم قولها في الاستحقاق من اكترى دارًا سنة

فاستحقت بعد نصف سنة.

قال ابن القاسم: للمكري كراء الأشهر الماضية وللمستحق نقض الكراء وإمضاؤه، ولا حجة للمكتري في إمضائه ولا رده، ثم نزلت بالقاضي أبي زيد بن الحشا، فكتب إلى قرطبة فأجاب ابن القطان وابن مالك: بأن له إن أخذ بالشفعة نقض الكراء، وأجاب ابن عتاب: إن أكرى المبتاع عالمًا بأن عليه شفيعًا لم ينقد كراؤه إلا في المدة اليسيرة كالأشهر ولا ينقد في المدة البعيدة إلا أن يكون مكتري الأرض زرعها فيبقى حتى يحصد، وإن لم يعلم المكري بالشفيع إنما استحق مستحق شقصًا من دار لم يفسخ الكراء إلا في الوجيبة الطويلة لا فيما يتعارفه الناس من الكراء كالسنة ونحوها.

ابن سهل: هذا منه رجوع عما حكى الشارقي عنه، وكأنه ذهب في قوله: إن أكراه المشتري عالمًا بالشفيع إلى ما في مسائل ابن زَرْب: من بنى حصة ابتاعها لها شفيع، ثم قيم عليه بالشفعة أعطى قيمة بنائه منقوضًا، وتفريقه بين يسير المدة وكثيرها ينظر إلى قولها في الجعل فيمن أكرى ربع يتيمه لمدة يبلغ اليتيم قبلها المسألة.

الصقلي: ومن المدَوَّنة قال: لو هدم المبتاع ثم بنى قيل للشفيع: خذه بجميع الثمن وقيمة ما عمر فيه.

قال أشهب: يوم القيام وله قيمة الشقص الأول منقوضًا يوم الشراء يقسم الثمن على قيمة العرصة دون بناء، وعلى قيمة النقض ما وقع للنقض حسب للشفيع على المشتري، وحط عنه من الثمن ويقوم ما بقي مع قيمة البناء قائمًا.

محمد: هو قول مالك وأصحابه.

الصقلي: إنما غرم الشفيع قيمة العمارة يوم القيام؛ لأن المبتاع هو الذي أحدث البناء وهو غير متعد والأخذ بالشفعة كالشراء، فعلى الشفيع قيمته يوم أخذه بشفعته، وحسب للشفيع على المبتاع قيمة النقض مهدومًا يوم الشراء؛ لأنه غير متعد في هدمه فكأنه اشتراه مع العرصة مهدومًا وما ثم بنى به وهو في ملكه فوجب أخذه العرصة بمنابها مع قيمة النقض من الثمن يوم الشراء.

قال مالك: فإن لم يفعل فلا شفعة له.

قيل لمحمد: وكيف يمكن أن يحدث بناء في مشاع؟

قال: يكون اشترى الجميع فأنفق وبنى وغرس، ثم استحق نصف ذلك مشاعًا أو يكون شريك البائع غائبًا فرفع المشتري للسلطان في القسم، والقسم على الغائب جائز فقسم عليه بعد الاستقصاء وضرب الأجل ثم لا يبطل ذلك شفعته.

قُلتُ: ما نقله الصقلي من لفظ المدَوَّنة لم أجده إلا في التهذيب لا في المدَوَّنة، وإنما وجدت فيها قولها: إن اشتريت دارًا فهدمتها وبنيتها فاستحق رجل نصفها، وأراد الشفعة.

قال: فقال له: ادفع قيمة بنيانه وإلا لا شفعة لك.

قُلتُ: وذكر الصقلي هذا اللفظ عنها بعد عزوه الأول لها، فالله أعلم بذلك.

قُلتُ: جواب محمد عن إشكال تصوير المسألة بقوله: أو يكون شريك البائع غائبًا فرفع المشتري إلخ؛ يريد: أنه قسم عليه على أنه شريك غائب فقط لا على أنه وجبت له الشفعة، ولو علم ذلك لم يجز له أن يقسم عليه، إذ لو جاز قسمه عليه لكان كقسمه هو بنفسه، إذ لا يجوز أن يفعل الحاكم عن غائب إلا ما يجب على الغائب فعله، فلو جاز قسمه عليه مع علمه بوجوب الشفعة لما كانت له شفعة، ولما تقرر لغائب شفعة لقدرة المشتري بإبطالها بهذا.

ولابن شاس في تصوير المسألة أجوبة قال: تصور في تصرف المشتري في الشقص قبل قيام الشفيع بالبناء والغرس في ملك مشاع لا يجوز فعله ذلك كالغاصب، ولكن فرض العلماء لها صورًا:

الأول: فذكر ما تقدم لمحمد من طرو الاستحقاق.

الثاني: أن يكون المشتري كذب في الثمن فترك الشفيع الأخذ لكثرة الثمن ثم قاسمه.

الثالث: أن يكون أحد الشريكين غاب ووكل في مقاسمة شريكه فباع شريكه نصيبه، ثم قاسم الوكيل المشتري ولم يأخذ بالشفعة.

الرابع: أن يكون الشفيع غائبًا وله وكيل حاضر على التصرف في أمواله فباع

الشريك فلم ير الوكيل الأخذ بالشفعة وقاسم المبتاع.

الخامس: أن يقول وهبت الشقص لغير ثواب ولم أشتره فتسقط الشفعة على إحدى الروايتين فيقاسمه ثم يثبت الشراء.

وذكر ابن الحاجب هذه الأجوبة، وقبلها ابن عبد السلام وابن هارون، وما ذكروه زائدًا على جوابي محمد يرد، أما الثالث وهو أن يكون أحد الشريكين غاب ووكل في مقاسمته شريكه فباع شريكه نصيبه إلخ، فإن كان معناه أنه وكل في مقاسمته شريكه المعين لا في مقاسمته مطلق شريك له، فهذا راجع لثاني جوابي محمد؛ لأنه راجع للقسم عنه لظن القاسم صحته فبان خطؤه، وإن كان معناه أنه وكله في مقاسمة مطلق شريكه فلا شفعة له فامتنع كونه تصويرًا للمسألة، وأما الرابع: فواضح رجوعه لثاني جوابي محمد أيضًا؛ لأنه راجع للقسم عنه لظن القاسم صحته فبان خطؤه، وأما الثاني: والخامس: فباطلان في أنفسهما؛ لأن كذب المشتري في دعوى الثمن وفي دعوى الهبة يصيره متعديًا في بنائه، كغاصب بيده عرصة بنى فيها بناءً وهو يدعي أنه مالك فبان أنه غاصب فحكمه في بنائه حكم بناء الغاصب المعلوم غصبه ابتداءً، وحيث يجب للمشتري قيمة بنائه فإنه يجب له قائمًا، ظاهر أقوالهم إطلاقه ويجب تقييده بما تقدم في كتاب الغصب من كونه ليس الاستحقاق من المشتري بكونه ليس من بناءات الملوك ولا ذوي السرف، فإن كان منها اعتبرت قيمته منقوضًا.

والمشتري شقصًا مما هو شريك يترك له منه إن شفع شركاؤه ما يجب له من شفعته فيه معهم ولو اشتراه غيره.

فيها: من ابتاع شقصًا هو شفيعه مع شفيع آخر تحاصا فيه بقدر حصتيهما يضرب فيه المبتاع بقدر حظه من الدار قبل الشراء ولا يضرب بما اشترى.

ابن زرقون: عن الباجي: إن كان المشتري أحد الشركاء فأراد أحد شركائه الأخذ بالشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع: إنك شفيع معي فأنا اترك بقدر حصتك من الشفعة، فلم أر فيها نصا.

ابن زرقون: وقال أبو عمر: قال المزني: ذلك للشفيع؛ لأنه مثله وليس عليه أن

يلزم شفعته غيره.

قُلتُ: مسألة الباجي التي قال فيها: لم أر فيها نصًا، إن كان معناها: أن المشتري أراد محاصة هذا الذي قام بالشفعة فيما تركه أصحابه فواضح أن له ذلك من نص المدَوَّنة المتقدم منضما لنصها: من ترك الأخذ بالشفعة من الشركاء فهو كعدمه، ومثل هذا لا يحسن من الباجي فيه: لم أر فيه نصا، وإن كان معناه أن هذا الذي قام بالشفعة طلب من المشتري مشاركته في الشفعة وأبى المشتري ذلك، وقال له: خذ الجميع أو دع فهو أيضًا واضح من المدَوَّنة؛ لأنه جعله في شفعته فيما اشتراه هو مع شركائه كحاله معهم فيما اشتراه غيره فلا يحسن أيضًا قوله ذلك فيه فتأمله، ويقوم من مسألة المدَوَّنة أنه لو اشترت إحدى الزوجتين حظ الأخرى فطلب بقية الورثة الشفعة في ذلك وطلبت هي الاختصاص به؛ لأنها أشفع منهم فيه، لو اشتراه غيرها لكان لها ذلك؛ لأنه في المدَوَّنة جعل للشريك الشفعة مع شركائه فيما اشتراه هو، فكما قال في المدَوَّنة: يحاصصهم في ذلك لمساواته إياهم، فكذا يختص عنهم فيما هو أشفع فيه منهم لو اشتراه غيره، ونزلت في أيام ابن عبد السلام فحكم فيها بالشفعة لبقية الورثة فسألني عنها المحكوم عليه.

فقلت له: لا شفعة لهم عليك، فذكر لي أنه حكم بها عليه فذكرت المسألة والأخذ منها للقاضي ابن عبد السلام فرجع بإنصافه عن الحكم عليه بالشفعة لهم.

ابن شاس: إن تساوق الشريكان لحاكم وادعى كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله هو الشفعة عليه فالقول قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة إن حلفا أو نكلا سقط قولاهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضي لمن حلف بالشفعة، وتبعه ابن الحاجب، ولا أعرفها بنصها لأحد من أهل المذهب، وإنما هو نص وجيز الغزالي، فأضافها ابن شاس للمذهب، وأصول المذهب لا تنافيها، وهي كاختلاف المتبايعين في كثرة الثمن وقلته من حيث أن نفس دعوى كل منهما تستلزم نفي دعوى خصمه، ونفي دعوى خصمه لا تستلزم ثبوت دعواه، فالحلف على الأمرين في يمين واحدة كما في اختلاف المتبايعين وتقدم ما فيه.

الشَّيخ: لمحمد: عن أشهب: إن تداعى رجلان شقصًا كل منهما يدعي أنه اشتراه من الآخر، وأقام كل منهما بينة قضي بالتي ورخت، فإن ورختا فهي بأخراهما وللشفيع الأخذ بأي الثمنين شاء، إن أخذ ثمن الآخر لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء، وإن أخذ من الذي لم يقض له به دفع للآخر ما ذكر أنه اشتراه به وفضله للآخر، وإن كان شهادتهما عن مجلس أو مجلسين ولم يؤرخا فتكافتا في العدالة، فإن كان الشقص بيد غيرهما سقطت البينتان والشقص لمن أقر به من هو في يده أنه له، وإن لم يكن بيد غيرهما قسم بينهما بعد أيمانهما، وللشفيع أخذه بما تقاررا عليه من الثمن.

ابن القاسم: إن ادعى أحدهما شراءه بمائة والآخر شراءه بمائتين فقسم بينهما أخذه الشفيع بنصف الثمنين.

أشهب: إن نكلا لم يقض لهما بشيء ولا شفعة للشفيع، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهو لمن حلف ويؤخذ منه بالشفعة، فإن كان بيد أحدهما فهو له مع يمينه، فإن نكل حلف الآخر، وأخذ الشفيع ممن هو بيده.

وفيها مع غيرها: لا شفعة في البيع الفاسد ما لم يفت.

اللخمي: في فوته بحوالة الأسواق: قولا أشهب وابن القاسم مع مالك فيها لو علم بفساده بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأن الشفيع دخل مدخل المشتري، وكذا لو باعه مبتاعه من غيره بيعًا فاسدًا ردا معًا، وما لم يفسخ حتى فات ولزمت المبتاع قيمته ففيه الشفعة بها.

الصقلي: عن محمد: وليس للشفيع الأخذ إلا بعد معرفة القيمة، فإن أخذ قبل معرفتها فذلك باطل، وفي الموازيَّة: إن لم يفسخ بيع الشفعة حتى فاتت بيد الشفيع فلزم المشتري القيمة يوم قبضه لزم الشفيع ما لزمه إلا أن يكون أكثر وليس الأخذ إلا بعد معرفته القيمة مما أخذ به الشفيع، فله الرد أو التماسك به بتلك القيمة، ولو فات الشقص عند المشتري قبل أخذ الشفيع ثم شفع ثم تراد البائع والمبتاع القيمة انتقضت الشفعة، وخير الشفيع في الأخذ بتلك القيمة أو الترك.

محمد: بل ذلك سواء فات قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها يلزم الشفيع الأخذ بتلك

القيمة، إلا أن تكون أكثر فيخير في الأخذ بها أو الترك.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: إن فات عند المشتري قبل أخذ الشفيع أخذه بالقيمة، فإن لم يعلم وأخذ بالبيع الفاسد رد إلا أن يفوت عند الشفيع فيلزمه الأقل من قيمته يوم قبضه أو القيمة التي لزمت المشتري، وكذا لو شفع فيه قبل فوته وفات عنده.

الصقلي: هذا خلاف ما تقدم لمحمد، وهذا أبين؛ لأن الأخذ بالشفعة كالشراء، فإذا فات عند الشفيع لزمت قيمته يوم قبضها، فإن كانت أكثر قال: آخذ بها لزم المشتري.

قُلتُ: فبيع الشقص الفاسد لغو، فإن فات فكصحيح ثمنه قيمته، فإن شفع قبل فوته فسخا، فإن فات بيد الشفيع لزم بقيمته يوم بيعه إن كانت أقل مما شفع به، فإن كانت أكثر ففي تخييره في أخذه بها ورده ولزومه له بالأقل منها ومن قيمته يوم أخذه بالشفعة قولا محمد وبعض القرويين قائلًا: إن شفع بعد فوته بثمن بيعه الفاسد لجهل فوته ردت شفعته، فإن فات عنده لزمه بالأقل من القيمتين.

اللخمي: إن شفع على البيع الأول قبل فوته رد كمن اشترى شيئًا شراءً فاسدًا وباعه بيعًا فاسدًا انتقضت البيعتان، فإن فات عند الشفيع لزم المشتري بقيمته يوم قبضه.

محمد: ويلزم الشفيع ما لزم المشتري إلا أن تكون أكثر إلخ قول محمد المتقدم، وقال متصلا به: وقيل: له أخذه بقيمته يوم اشترائه الأول؛ لأنه مرت به حالة فات فيها فلا يرد البيع الأول، وإن رد الثاني إلا أن يغرم المشتري الأول لمن باع منه القيمة قبل قيام الشفيع فيأخذه بالأقل من الثمن أو القيمة.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة، فظاهره أن البيع الأول يفوت بمجرد الشفعة فيه وإن لم يحدث فيها فوت وأنها مع ذلك تفسخ، وهذا بعيد نقلًا ونظرًا، ثم قال: وإن أخذه الشفيع بثمن صحيح عالمًا بفساد البيع كان فوتًا، ولا شفعة له؛ لأنه رضي أن يشتريه شراءً صحيحًا، وإن لم يكن عالمًا بفساده كان بالخيار في تمسكه بذلك الثمن ويكون بيعًا حادثًا ورده، وإن لم يعلم ذلك حتى فات بهدم أو بناء كان عليه الأقل من

الثمن أو القيمة.

وفيها: إن باعه مشتريه شراءً فاسدًا بيعًا صحيحًا فللشفيع الأخذ بالثمن الصحيح ويتراد الأولان القيمة، وليس له الأخذ بالبيع الفاسد؛ لأنه يزيل الذي أفاته ويعود بيعًا فاسدًا لا فوت فيه، ولو كان البيع الفاسد قد فات ببناء أو هدم فله أخذ بقيمته أو بثمن البيع الصحيح.

قُلتُ: قوله: لأنه يزيل الذي أفاته إلخ لا يتم مع ما تقدم للخمي من قوله: لأنه مرت به حالة فات فيها إلخ؛ فتأمله، وبمقتضى ما قاله اللخمي يتوجه ما نقله ابن حارث عن أشهب أنه إن شاء أخذه بالقيمة، وإن شاء بالبيع الصحيح.

وفيها: لو بنى في الشقص مشتريه بعد مقاسمته الشريك مسجدًا، وشفيعه غائب فقدم فله أخذه وهدم المسجد، ولو وهب الشقص مبتاعه أو تصدق به فللشفيع نقض ذلك، والثمن للموهوب أو للمتصدق عليه؛ لأن الواهب علم أن له شفيعًا فكأنه وهبه الثمن بخلاف الاستحقاق لو وهب الدار مبتاعها لرجل، ثم استحق رجل نصفها وأخذ باقيها بالشفعة فثمن النصف المستشفع للواهب، ومن وهب لرجل أمة فاستحقت قيمتها للواهب.

الصقلي: لمحمد عن أشهب: الثمن في هبة الشقص للواهب أو المتصدق به كالاستحقاق.

محمد: وهو أحب إلينا؛ لأنه بالبيع يأخذ فهو يفسخ ما بعده، وقاله سَحنون إذ عليه تكتب العهدة.

وتعدد صفقات بيع منها الشقص يوجب انفراد كل منهما بحكمها.

فيها: من اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أخذ ذلك أو أخذ أي صفقة شاء، إن أخذ الأولى لم يستشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثلاثة استشفع فيها بالأولى والثانية.

الشَّيخ: لأشهب في المجموعة: إن اشتراها الأول بثلاثمائة والثاني بمائتين وثالث

بمائة، فإن أخذه من الأول كتب عهدته عليه ودفع للثالث من الثمن مائة؛ لأنه لا يؤخذ منه شقصه حتى يدفع له ثمنه ويأخذ الأول بقية الثمن؛ يريد: ويرجع الثاني على الأول بمائة، وإن أخذه من الثاني كتب عهدته عليه وثبت بيع الأول ودفع الشفيع مائة للثالث وما بقي للثاني، وإن أخذ من الثالث ثبت ما تقدم من بيع.

قال غيره: من اشترى شقصًا بمائة ثم باع نصفه بمائة فللشفيع أخذه كله من مشتريه بمائة، وإن شاء نصفه من الثاني بمائة ونصفه من الأول بخمسين.

وفيها مع غيرها: ما اشتري بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه، وما اشتري بمقوم قيمته فيها: ما اشتري بعبد شفع فيه بقيمته، وما اشتري بكراء إبل إلى مكة فمثل كرائها إلى مكة، وما اشتري بإجارة أجير سنة فقيمة الإجارة، وما اشتري بحنطة بعينها فاستحقت قبل أخذ الشفيع فلا شفعة، وما اشتري بعرض فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة.

الباجي: روى ابن عبدوس: يشفع بمثل كراء الإبل وإجارة الأجير.

قال أشهب: بمثل كرائها من مثل صاحبها إن كان مضمونًا فعلى الضمان، وإن كان معينًا فعلى التعيين، وقاله ابن الماجِشُون في الإجارة، فإن تعذرت الدواب لمعينة في بعض الطريق أو مات الأجير أو انهدم المسكن في نصف المدة رجع البائع بقيمة نصف شقصه على المبتاع وتتم الشفعة، قاله محمد.

وقال أشهب: يرجع عليه المتكاري بنصف قيمة الشقص ويرجع المكري على الشفيع بما رجع به رب الشقص عليه، ويقاصه من نصف ما كان أخذه منه من قيمة كراء إبله إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله، ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص، ونحوه لعبد الملك.

وما بيع بعين فدفع عنه عرض وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به، ثالثها: هذا أحب للشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سَحنون ونقل محمد، وقوله: ورابعها: لابن عبد الحَكم بما عقد عليه إلا أن يدفع ذهبًا عن ورق أو عكسه فيما دفع كالمرابحة، وخامسها: لابن عبدوس عن غير سَحنون بالأقل منهما.

قُلتُ: هو نحو قولها في المرابحة.

وفيها: من نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته إذ لا ثمن معلوم لعوضه.

اللخمي: قيل: فيما تزوج به يشفع بمهر المثل.

أبو عمران: من نكح على تفويض فدفع لزوجته شقصًا قبل بنائه شفع فيه بقيمته اتفاقًا، فإن دفعه بعد بنائه شفع فيه بمهر المثل اتفاقًا فيهما.

الشَّيخ: لمالك في الموازيَّة والمجموعة وغيرهما: من صالح من دم عمد على شقص أو نكح به أو خالع فالشفعة بقيمته.

أشهب: لا يجوز ذلك إلا بعد معرفة قيمته، وذكره الصقلي غير معزو كأنه المذهب.

اللخمي: إن كان الثمن عبدًا وهو يعرفه وأخذ قبل معرفة قيمته فقال: ذلك فاسد، وقال أيضًا: جائز، ومثله إن كانت بقيمة الشقص؛ لأنه خولع به أو تزوج به أو صولح به عن دم، واستحسن مضيه فيما تتقارب فيه القيم، وينقص فيما لا يدرى هل يقل أو يكثر؟

واستخف محمد إن كان الثمن طعامًا مسمى كيله دون صفته، وأجازه وإن وصف بعد ذلك فكان مثله أو دونه لزمه، وإن كان أعلى من الوسط خير في أخذه وتركه، وقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فإن لم يتقوم كالمهر والخلع وصلح العمد ودراهم جزافًا بقيمة الشقص يوم العقد، وقيل: في المهر صداق المثل، وقيل: تبطل في الدراهم، هذا هو المشهور في هذه المسائل، يقتضي أن في الخلع ودم العمد خلافًا ولا أعرفه.

الباجي: في الموازيَّة: إن اشتراه بحلي جزافًا شفع بقيمته، وكذا السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وبمثل ما اشترى بمثلي، وليس هذا من بيع ما ليس عنده؛ لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين؛ لأن المشتري مغلوب، وفيما يقف على اختيارهما خلاف بين ابن القاسم وأشهب في المرابحة.

ابن عبد السلام: قوله: ودراهم جزافًا في صحة فرض هذه المسألة على المذهب نظر؛ لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافًا، وإنما تبع المؤلف فيه من تبع الشافعيَّة.

قُلتُ: ظاهر قوله: في صحة فرضها على المذهب نظر، أن كل المذهب على منع الجزاف في المسكوك وإلا لقال على مشهور المذهب، وليس كل المذهب على المنع.

قال ابن حارث وغيره: أجاز ابن عبد الحكم في الدراهم السكية الجزاف، وتقدم قول ابن الحاجب في البيوع قوله: وقيل فيها قولان، وتقدم ذكر الخلاف.

وفيها: إن أخذ الشقص عن دية خطأ والعاقلة أهل إبل شفع فيه بقيمتها، وإن كانت أهل عين شفع بعددها منجمًا بآجالها.

اللخمي: هذا كقول أشهب في الموازيَّة: إن اشترى الشقص بثمن إلى أجل فإن كان عينًا شفع بها، وإن كان عرضًا شفع بقيمته.

محمد: هذا غلط.

وفيها: إن أخذه عن نصف الدية وهي عين، قال مالك مرة: تؤخذ في سنتين، وقال أيضًا: يجتهد فيه الإمام إما في سنتين أو سنة ونصف.

ابن القاسم: في سنتين أحب إلي.

الصقلي: لمحمد عن أشهب: ثلثها في سنة وسدسها في الثانية.

ابن عبدوس: عن سَحنون: لا يجوز أخذ الشقص في النصف حتى يحكم الحاكم به في سنتين أو غيرهما؛ لأن ذلك مجهول، ويرجع معطي الشقص على العاقلة وهي أهل عين بالأقل من قيمته أو الدية، وإن كانوا أهل إبل لم يجز صلحه؛ لأنهم مخيرون، وهو راجع لقول ابن القاسم في الصلح من الكفيل على الغريم، وكان سَحنون يقول كقول عبد الملك: الدين كالعرض إن دفع الشقص عن الدية وهي عين قومت بعرض على أن تؤخذ لأجلها ثم يقوم العرض بعين.

وقال عبد الملك: يؤخذ ذلك بالعرض الذي قوم به الدين.

سَحنون: وإن كانت الدية إبلًا قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين فيشفع بذلك أو يدع.

الصقلي: وهذا ظاهر المدَوَّنة أنه يشفع بقيمة الإبل نقدًا، ولم يجعله مثل الدين يؤخذ به شقص فكان يشفع بمثل الإبل إلى الأجل، والفرق أن صفة أسنان الدية غير محصلة، وهي لا تصح أن تكون ثمنًا للشقص إلا وهي معلومة الصفة، فإن قيل: وهي لا تقوم إلا موصوفة، قيل: الغرر في القيمة أخف من أخذ عين الإبل ونحوه لعبد الحق.

وفيها: من ابتاع عبدًا قيمته ألف درهم بألف درهم، وشقص قيمته ألف درهم؛ ففي الشقص الشفعة بنصف قيمة العبد، ومثله للشيخ عن الموازيَّة.

زاد: وإنما يأخذ الشفيع بعد معرفته بما يقع على الشقص، فإن أخذه قبل ذلك لم يجز، وأما آلة الحائط ودوابه وعبيده فذلك كبعضه إلا أن يضاف إليه يوم الصفقة، وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه ويفض الثمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: من اشترى شقصًا وبعيرًا بعبد والبعير من الشقص ثلث الجميع بالقيمة يوم الصفقة فالشفعة في الشقص بثلثي قيمة العبد، ثم إن استحق البعير رجع بائع العبد بثلث قيمة العبد على بائع الشقص، وإن ابتاع شقصًا وقمحًا بدنانير فلابد من تقويم الشقص والقمح فيشفع بحصة ما يقع للشقص.

محمد: وكذا لو ابتاع شقصًا ومعه مائة درهم بمائة دينار؛ يريد: محمد قول أشهب الذي يجيز البيع والصرف معًا.

ابن الحاجب: فإن اشترى مع غيره فيما يخصه ويلزم المشتري باقي الصفقة.

قُلتُ: هو ظاهرها مع الموطأ، ولا أعلم فيه خلافًا، ومال بعضهم: إلى إجرائها على حكم استحقاق الأكثر في البيوع على القول بأن الشفعة استحقاق، ونحوه قول ابن رُشْد في أول رسم أبي زيد فيمن استحق نصف دار من مبتاعها بعد بيعه مصراعيها بعشرة إن أخذ باقيها بالشفعة أخذه بمنابه من الثمن مسقطًا منه مناب المصراعين، ولا شيء له في المصراعين لفوتها بالبيع، هذا خلاف قولها في نقض الدار إذا هدمها المشتري وباعها لا تفوت بالبيع، وللشفيع أخذه بالشفعة من مشتريه، وهذا الخلاف مبني على الخلاف في الأخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق.

ويرد بأن الموجب لمقال المبتاع في الاستحقاق إنما هو نقض جل صفقته الكائنة بينه وبين البائع الذي يطلب رد باقيها عليه، وهذا الاستحقاق الخاص في الشفعة لا يوجب عليه نقضًا فيها بينه وبينه بحال فلم يتقرر له عليه تلك الحجة التي بها وجب رد باقي الصفقة على البائع.

ورده ابن هارون بأن شراء المشتري الشقص دخول منه على الشفعة عليه، وذلك دليل على رضاه بباقي الصفقة ولو قل، وهذا أحسن لولا تخلفه فيمن اشترى دارًا قيمتها مائة وثوبًا قيمته دينار فاستحق نصف الدار وأخذ باقيها بالشفعة، فإن ظاهر أقوالهم أن المشتري يلزمه البيع في الثوب بمنابه من الثمن.

وفيها: من ابتاع شقصًا بثمن إلى أجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليًا أو أتى بضامن ملي ثقة، وفي سماع عيسى ابن القاسم: إن كان مليًا أخذه بغير حميل.

ابن رُشْد: مثله فيها، وفي الواضحة عن مالك والأخوين وأَصْبَغ: وظاهره إن كان مليًا لم يلزمه حميل ولو كان ملاؤه أقل من ملاء المشتري، وهو قول محمد خلاف قول أشهب: أنه يلزمه، وإن كان مليًا أن يأتي بحميل مثل المشتري في الملاء.

واختلف إن اشترى برهن أو حميل.

قيل: لا شفعة له إلا أن يأتي برهن أو حميل، وقيل: لا يلزمه ذلك إن كان ملاؤه كملاء الحميل.

واختلف إن كانا عديمين. قيل: يلزمه أن يأتي بحميل، وقيل: لا يلزمه إلا أن يكون أعدم منه فيفترق استواؤهما في العدم من استوائهما في الملاء.

وفي كون الشفيع أقل ملاءً من كونه أشد عدمًا؛ لأنهما إذا استويا في العدم لزمه حميل على اختلاف، وإذا استويا في الملاء لم يلزمه حميل اتفاقًا، وإن كان الشفيع أقل ملاء لزمه حميل على اختلاف، وإن كان أشهد ما لزمه حميل اتفاقًا وإذا عجز الشفيع عن الحميل حيث يلزمه فعجزه السلطان ثم قدر على حميل قبل محل الأجل لم يكن له شفعة.

قُلتُ: وقاله الباجي أيضًا وعزا القول بلزوم الحميل الملي كملاء المشتري وإن كان

الشفيع مليًا لأشهب في الموازيَّة والمجموعة، وعدم لزومه في ذلك لمحمد وابن الماجِشُون، والقول بلزوم الحميل إن كانا عديمين متساويين في العدم لمحمد، وعدمه لابن الماجِشُون.

وقال أشهب: إن اشتراه برهن أو حميل فليس للشفيع أخذه وإن كان أملأ منه إلا بحميل أو رهن مثله، وقال أيضًا: إن كان أملأ من الحميل ومن المشتري أخذه دون رهن ولا حميل.

محمد: والأول أولى.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن رُشْد: لا يلزمه رهن ولا حميل إن كان ملاؤه كملاء الحميل، ولو لم يقم الشفيع حتى حل الأجل فروى مُطَرِّف وقال ابن الماجِشُون: يستأنف له من الأجل مثل ما وقع البيع عليه، وقال أَصْبَغ: لا يأخذه إلا بالثمن نقدًا، والأول أظهر.

قُلتُ: ولو عجز الشفيع عن الحميل حيث يجب عليه وطاع بتعجيل الثمر فأبى المشتري قبوله؛ لأنه عرض، فإن قبل البائع تعجيله دفع له وسقط عن المشتري وصحت الشفعة، فإن أبيا وقف أخذه بالشفعة إلى حلول الأجل، وكان ذلك كغيبته.

وفيها: لو قال البائع للمبتاع: أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل؛ لم يجز؛ لأنه فسخ ما لا يحل من دينه في دين.

الباجي: لو اشترى الشقص بدين له على البائع.

ففي الموازيَّة: لابن الماجِشُون: يشفع فيه بقيمة الدين من العروض التي يتعجل ثمنها كالحنطة والزبيب، ولسَحنون في المجموعة يقوم بعرض ثم يقوم العرض بعين ويشفع بذلك، ولمحمد وابن حبيب: روى مُطَرِّف لا يشفع فيه إلا بمثل ذلك الدين أو يترك ولو كان البائع عديمًا، وقاله أشهب.

زاد ابن حبيب عن مُطَرِّف: وإن كثرت القيمة فيه، ولأَصْبَغ: يأخذ بمثل الدين إلا أن يهضم له هضيمة بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين، وعلى أخذه بمثل الدين روى ابن حبيب: إن كان يوم قيام الشفيع حالًا أخذه به حالًا، وإن بقي من الأجل شيء

فإلى مثل ما بقي منه، وقال أَصْبَغ: إنما يشفع بمثل الدين حالًا.

ابن زرقون: كذا نقل أبو الوليد: إن كان يوم قام الشفيع حالًا وهو غلط، إنما ينظر إلى ذلك يوم الشراء، وكذا هو في الموازيَّة.

ولابن رُشْد في سماع يحيى: لو كان الثمن خمرًا أو خنزيرًا؛ لأن البائع والمبتاع نصرانيان والشفيع مسلم، ففي كون الشفعة بقيمة الشقص أو بقيمة الخمر والخنزير قولا أشهب وابن عبد الحَكم، والأول مقتضى قول ابن الماجِشُون في استهلاك المسلم خمر النصراني لا قيمة عليه، والثاني: أشبه بقول ابن القاسم: يغرم له قيمتها.

والمذهب أن ما اشتري بثمن معلوم الشفعة فيه به، وما اشتري بمجهول الشفعة فيه بقيمة الشقص، فلو اشترى بهما كأخذ شقص عن موضحتي خطأ وعمد ففي كونها فيه بدية الخطأ ونصف قيمة الشقص بناءً على فضه عليهما بالسوية أو بها وبجزء من قيمة الشقص وهو المسمي الخارج من تسمية قيمة الشقص منها مع دية الخطأ.

ثالثها: بقيمة ما لم تنقص عن دية الخطأ، ورابعها: بدية الخطأ وقدر قيمة العمد بالاجتهاد في اعتباره بحال قدر العمد وحرص العامد على الفداء من القصاص، وخامسها: بدية الخطأ وقيمة ما يقابل قيمة العمد المذكورة من الشقص بفضه عليها لها مع أشهب وابن القاسم والمغيرة وابن نافع.

وأخذ المازري مع بعض شُيُوخه من قول أَصْبَغ، وأخذ ابن محرز منه.

المازري اختار قول ابن نافع حذاق، وأصحاب مالك، ومحمد وابن حبيب وسَحنون، وغلا في قوله: ما سواه ليس بشيء، وتبعهم يحيى بن عمر.

ابن محرز: وجدت لسَحنون في موضع آخر أن قول المغيرة أحسن، وبه نقول، وعلى الأول في كونه كذلك مطلقًا، كان العمد جرحًا أو قتلا، والخطأ كذلك، وتخصيصه بتساويهما كقطعين أو قتلين، فإن اختلفا قسم على قدر كل منهما فإن كان الخطأ قطع يد والآخر قتلا قسم عليهما أثلاثًا، تأويل ابن عبد الحَكم على قول ابن القاسم وقول أكثر مذاكري القيروان.

عبد الحق: وعليه لو دفع مع الشقص عينًا ففي تخصيصها بالخطأ لمماثلته إياها

فيشفع بالباقي منه بعد طرح العين منه وبجزء من قيمة الشقص، وهو المسمى للخارج من تسمية العمد على أنه خمسون من مجموعه مع الباقي من الخطأ بعد طرح العين منه، وفضه عليهما فيشفع بباقي عدد الخطأ ونصف قيمة الشقص.

نقلا الصقلي عن ابن عمر والشَّيخ، ورده بأنه: لو كانت العين مائة لزم عليه أن يشفع بنصف قيمة الشقص، والواجب بقيمته أجمع؛ لأنه مدفوع مع نصف العين عن العمد.

قُلتُ: سبقه ابن محرز بهذا معبرًا بأنه: يؤدي إلى ضرب من المحال، ويرد ببيان عدم لزومه؛ لأنه إنما يجب فض الشقص إذا بقي من الخطأ شيء، فإن أسقط بمساواته نصف العين امتنع الفض واختص الشقص بالعمد، وعلى الأول أيضًا لو دفع مع الشقص عرضًا، ففي مضي قيمته على الخطأ والعمد فيشفع بباقي دية الخطأ، ونصف قيمة الشقص، وإسقاط العرض جزؤهما المسمى للخارج من تسمية قيمة العرض من مجموعهما مع قيمة الشقص، فيكون الشقص عن باقي عدد الخطأ والعمد فيشفع بباقي عدد الخطأ ونصف قيمة الشقص. قولا يحيى بن عمر والصقلي رادًا قول يحيى بما رد به قول الشَّيخ في العين.

وعبر المازري عن الأول بأنه المشهور في الجاري على قول ابن القاسم، وأشار إلى رد تعقب الصقلي قول يحيى بأن مماثلة العين لعقل دية الخطأ يوجب سقوطها بها والعرض ليس كذلك، وقد يقارض بعرض قيمته مائة بخمسين من العين، ولو دفع المجروح معها في الشقص عرضًا فإن كانتا خطئًا شفع بديتهما وقيمة الشقص، وإن كانتا عمدًا شفع بقيمة العرض مع جزء من قيمة الشقص.

وفي كونه المسمى للخارج من تسمية قيمتها على الاجتهاد منها مع قيمة العمد، أو للخارج من تسمية قيمة الشقص منها مع قيمة العبد ثالثها بقيمة الشقص ما لم ينقص عن قيمة العرض قولا أَصْبَغ وتخريج الصقلي على قول المخزومي وابن نافع.

وتعقب الشَّيخ قول أَصْبَغ: يقوم العمد في هذه المسألة مع موافقته ابن القاسم في مسألة الموضحتين في فض الشقص عليهما دون تقويم العمد، وأجاب المازري بأن

وجوب العرض أوجب الاتفاق على اعتبار القيمة في بعض ما يشفع به فاستحب حكم التقويم على العمد لمساواته في الشفعة به.

قُلتُ: هذا من المازري يرد بتقدم تخريجه قول أَصْبَغ من هذه المسألة في مسألة الموضحتين فتأمله، وإن كانت إحداهما عمدًا ففي شفعته بدية الخطأ وقيمة العرض مع جزء من قيمة الشقص هو المسمى للخارج من تسمية قيمة الشقص منها مع قيمة العرض، ودية الخطأ أو بقيمة الشقص ما لم تنقص عن دية الخطأ وقيمة الشقص.

ثالثها: بدية الخطأ وقيمة العرض وجزء من قيمة الشقص هو المسمى للخارج من تسمية قيمة العمد المذكورة منها مع دية الخطأ، وقيمة العرض لتخريج الصقلي على قول المخزومي وابن نافع وتفسير الشَّيخ قول أَصْبَغ.

ورابعها: فدية الخطأ وقيمة العرض وقيمة العمد المذكورة لتقدم فهم المازري قول أَصْبَغ، وخامسها: للصقلي: قياس قول ابن القاسم: أن يقوم العبد، فإن كانت قيمته خمسين شفع بمائة وثلث قيمة الشقص، وإن كانت مائة فبمائة وخمسين وربع قيمة الشقص، ولو دفع الشقص مع الموضحتين في عرض، فقال محمد: يبدأ من قيمة العمد بقيمة الشقص والخطأ فيما فضل للعمد، فإن كانت قيمة الشقص خمسين وقيمة العرض مائة وخمسة وعشرين شفع بخمسين قيمة العرض، وإن كانت قيمته مائة فأقل شفع بنصف قيمة العرض.

ابن محرز: هذا على اختياره قول ابن نافع، وعلى قول ابن القاسم: يشفع بجزء من قيمة العمد، وهو المسمى للخارج من تسمية قيمة الشقص منها مع دية الخطأ والخمسين المقدرة للعمد.

وهبة الشقص لثواب لا تجب فيه شفعة قبل فوته وثوابه.

وفي وجوبها بفوته دون القضاء بالثواب نقلا اللخمي عن ابن عبد الحكم مع أشهب وعبد الملك مع ابن القاسم: والشفعة إن أثاب قبل فوته كما لو بيع به، فإن كان بعد فوته ففي كونه كذلك وكونها بالأقل من قيمته وقيمة الهبة، نقلاه عن عبد الملك مع ابن القاسم وأشهب لقوله بإيجاب العين في الثواب، وعدم جبر الواهب على قبول

عرض فيه.

قال: والقياس كونها بالأكثر منهما؛ لأنه إن كانت قيمة الثواب أكثر قال: لأجله وهبني وإلا لباعه في السوق، وإن كانت أقل قال: إنما آخذ ذلك بدينه علي، وهي القيمة إحسانًا علي إلا أن يعلم أن الموهوب له ملك وأخذ ذلك منه للتخلص منه، أو تكون قيمته أقل بالشيء الكثير ككون قيمة الهبة مائة وقيمة الثواب عشرون فاختلف هل يشفع بعشرين أو تسقط الشفعة كهبة على غير عوض كمن أوصى ببيع شقصه من فلان بعشرين وقيمته مائة.

قال: وعكسه الإثابة بشقص عن هبة عبد إن أثابه به قبل فوات العبد شفع بقيمة الشقص قلَّت أو كثرت، وإن كان بعد الفوت فعلى قول ابن القاسم بقيمة الشقص، وعلى قول أشهب بالأقل منها ومن قيمة العبد، والقياس بالأكثر منهما.

وفيها: من اشترى شقصًا بألف درهم ثم وضعه البائع تسعمائة بعد أخذ الشفيع أو قبل، فإن أشبه كون ثمنه عند الناس مائة في بيعهم وضع ذلك عن الشفيع؛ لأن الزائد إنما كان لقطع الشفعة، وإن لم يشبه كون ثمنه مائة لم يحط الشفيع شيئًا.

الصقلي: مثل كونه ثلاثمائة أو أربع مائة، وله في موضع آخر: إن حطه ما يشبه أن يحط في البيوع وضع ذلك عن الشفيع، وإن كان لا يحط مثله لم يحط وكانت هبة، وهذا والأول سواء، وسبقه بهذا عبد الحق وزاد: لأن معنى قوله: إن حط ما لا يحط في البيوع لا يوضع عنه شيء؛ يريد: وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي من الثمن بعد الحطيطة فأقل فالأمر على ما ذكر أولا؛ لأن إظهارهما جملة الثمن سبب لقطع الشفعة، فالحطيطة على ثلاثة أقسام، منها ما هو هبة للمبتاع لا يحط للشفيع، وما يشبه حطيطة البيع يحط للمبتاع بل للشفيع، وما يظهر أنه لقطع الشفعة فيسقطاه فيكون الباقي من الثمن مثل قيمة الشقص فهذا يحط للشفيع لتهمتهما أن يجعلا ما أظهراه سببًا لقطع الشفعة.

الصقلي: قال محمد: وقاله أشهب، قال: وهذا استحسان، والقياس أن يوضع عن الشفيع كل ما وضع قل أو كثر.

ولمحمد عن ابن القاسم: من باع شقصه في مرضه لمحاباة جاز ومحاباته في ثلثه، والشفعة فيه بذلك الثمن، وكذا لو كان صحيحًا إلا أن يبيعه بما لا يشبه أن يكون ثمنًا لقلته فلا شفعة فيه في صحة أو مرض.

وسمع سَحنون ابن القاسم: من باع في مرضه شقصه من رجل بعشرة دنانير وقيمته ثلاثون ومات، قيل للمشتري: إن لم يجز الورثة المحاباة زد عشرة وخذ الشقص، فإن فعل فللشفيع الأخذ بعشرين، فإن أبى المشتري من الزيادة قيل للورثة: أعطوه ثلث الشقص بتلًا دون شيء، قيل لابن القاسم: لم لا يشفع بثلاثين وتكون عشرة المحاباة للمشتري؟

قال: لأن الشراء إنما وقع بعشرين كما لو باع بعشرين ما قيمته أربعون فالشفعة بعشرين بخلاف بيعه بأربعين ثم يضع عشرين؛ لأن ما وضعه من الثمن مما لا يتغابن الناس بمثله لم يوضع عن الشفيع.

ابن رُشْد: من باع شقصًا بعشرة قيمته ثلاثون في كون الشفعة في جميعه بعشرة وقصر الشفعة فيه على ثلاثة مناب الثمن الصحيح وثلثاه للمشتري كهبة له، ثالثها: يشفع بثلثه بعشرة.

وفي ثلثيه بقيمتهما لهذا السماع والتخريج على قول ابن القاسم: لا شفعة في هبته، وعلى رواية ابن عبد الحَكم: فيها الشفعة بالقيمة.

قُلتُ: لا يلزم من سقوطها منفردة عما يستتبعها سقوطها حيث ثبوته ولا من إعطائها حكم نفسها حيث كونها منفردة عنه إعطاؤها ذلك حيث ثبوته، ولو زاد مشتري الشقص بائعه بعد بيعه لقوله: استرخصت فزدني أو دونه، ففي كون الشفعة بالثمن أو دونها أو معها قولها مع أشهب قائلًا: وللمبتاع الرجوع على البائع بالزيادة إن حلف ما زاده إلا فرارًا من الشفعة وعبد الملك.

اللخمي: لا أعلم له وجها إلا أن يعلم أنه لو لم يزده لادعى ما يفسخ به بيعه.

ومن شفع في شقص بيع بمقوم رد بعيب أو استحق ففي مضي الشفعة بما وقعت، ويرجع البائع على مشتري الشقص بقيمته وبعض الشفعة إلى كونها بقيمة الشقص

فيخير الشفيع إن كانت أكثر أو خلاف الثمن؛ لأنه كان مليًا ويرجع بنقص قيمته عن قيمة ما دفع إن كان الثمن من ذوات القيم قولها: والثمن عبد بزيادة بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل فيه الشفعة مع محمد وأشهب، وأَصْبَغ وسَحنون مع عبد الملك، وتقدم قول أشهب في الشفعة: فيما اشتري بمنافع ثم تعذر تمامها.

وفيها: ما اشتري بعبد فاستحق قبل الشفعة فيه فلا شفعة فيه، ولو غصب عبدًا فابتاع به شقصًا فلا قيام للشفيع ما دام العبد لم يفت، فإن فات فوتًا يوجب قيمته فللشفيع الأخذ بقيمة العبد يوم اشترى الدار، ولو غصبه ألف درهم فابتاع بها شقصًا فالشراء جائز وللشفيع الشفعة مكانه وعلى الغاصب مثلها، وإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع أخذها ورجع البائع على المبتاع بمثلها والبيع تام.

وفيها أيضًا: من ابتاع شقصًا بحنطة بعينها فاستحقت قبل أخذ الشفيع فسخ البيع، ولا شفعة في الشقص.

الصقلي: في رواية الدباغ: أن من استحق بعد أخذ الشفيع مضى ذلك، ورجع بائع الشقص على المبتاع بمثل الحنطة.

محمد: هذا غلط بل يرجع على المبتاع بقيمة الشقص، وقاله سَحنون اللخمي إن كان البيع بطعام فاستحق أو رد بعيب بعد الشفعة رجع البائع بقيمة الشقص، وتمت الشفعة على قول ابن القاسم بمثل الطعام، وعلى قول عبد الملك: بقيمة الشقص، وهو أقيس، وإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد أو الطعام خير الشفيع في التماسك بالشفعة وردها كمن شفع بثمن ثم بان أنه أكثر، ولا أعرف نص خلاف في أن لا شفعة في استحقاق الطعام الذي هو ثمن الشقص قبل الأخذ بالشفعة.

وقال التونسي في قولها فيه: فسخ البيع ولا شفعة فيها ما نصه: هذا الأشهر، وذكر محمد في استحقاق الطعام أنه يؤتى بمثله، وقوله في المدَوَّنة: إن أخذ الشفيع ثم استحق الطعام لم يرد وغرم له مثل طعامه، وتأوله بعضهم على أن الشفيع يغرم مثل قيمة الطعام ويرجع بائع الشقص بقيمة شقصه.

وقيل: بل يغرم المشتري لبائع الشقص مثل الطعام بخلاف استحقاق الطعام قبل

أخذ الشفيع؛ لأنه لما فات بالأخذ ولزم إتمام البيع كان غرم مثل الطعام أهون، وفيه نظر؛ لأن الطعام إن كان يراد لعينه وجب متى استحق أن لا يؤتى بمثله قبل أخذ الشفيع أو بعده، وإن كان لا يراد لعينه كالعين وجب أن تؤتى بمثله قبل أخذ الشفيع أو بعده.

قُلتُ: قوله: ذكر محمد في استحقاق الطعام أنه يؤتى بمثله في ثبوته نظر؛ لأن في النوادر ما نصه: قال محمد: من ابتاع شقصًا بحنطة فأخذه الشفيع بمثلها ثم استحقت الحنطة الأولى فقال ابن القاسم: يرجع على بائعها بمثلها.

قال محمد: هذا غلط بل يرجع بقيمة شقصه ولو لم يأخذه بالشفعة لأخذه بعينه، وقد قال مالك: من ابتاع حنطة بعينها فاستحقت أنه لا يرجع بمثلها اهـ، فهذا نص منه على عدم الإتيان بمثلها إن استحقت، فلعله أطلق على لازم الإتيان بمثله بعد الشفعة عنده اسم ملزومه بناءً منه على أن لازم المذهب مذهب، وفيه خلاف مذكور في مسألة تكليف ما لا يطاق، والأظهر الأول إن كان اللازم بينا، حسبما نص عليه آخر كلامه ذكرًا.

وفيها: إن اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع؛ لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله، فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك الذين يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما لا يشبه.

اللخمي: القول قول المبتاع مع يمينه إن ادعى الشفيع حضور شرائه بما ادعاه أو إقراره بذلك، وإلا ففي سقوط يمينه ولزومه لتهمته قولان، ولزومها أحسن إلا أن يكون من أهل الثقة والدين.

وسمع القرينان: لا يمين عليه إلا أن يدعي من الثمن ما يستنكر ولا يعرف.

ابن رُشْد: حمل الشُيُوخ هذا السماع على أنه خلاف المدَوَّنة وأن مراده فيها مع يمينه، وليس بصحيح؛ لأن معنى السماع أن الشفيع لم يحقق الدعوى على المشتري وإنما أراد حلفه بالتهمة، ومعنى قولها أنه حقق عليه الدعوى.

وإن ادعى المشتري ما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه ففي المدَوَّنة أن القول قوله،

وقيل: القول قول المشتري مع يمينه، ويخير الشفيع في الأخذ بذلك والترك، وهو هذا السماع وقول مُطَرِّف، وقيل: يخير في الأخذ بالقيمة إلا أن يكون للمشتري بينة على مشاهدة الصفقة بالنقد فيخير الشفيع في الأخذ بذلك والترك، والبينة على توافق المشتري والبائع على الثمن لغو، قاله ابن حبيب، ولا يمتنع عندي أن يكون شاهدًا يحلف معه إن كان عدلًا ولم يتهم في شهادته على قول ابن القاسم في سماع أبي زيد في مسألة اللؤلؤة إذ لا تهمة في شهادته له، وإنما يتهم لو شهد الشفيع على المشتري؛ لأنه يقلل العهدة على نفسه فيما يستحق من الشقص إن استحق منه شيء.

قُلتُ: ما نقله عن ابن حبيب مثله.

نقل الصقلي عن محمد: لا ينظر إلى قول البائع وإن كان عدلًا جائز الشهادة؛ لأنه لا يشهد على فعل نفسه.

ابن رُشْد: ومعنى ما في المدَوَّنة: إن أتيا بما لا يشبه حلفا جميعًا على دعواهما وكانت له الشفعة بالقيمة، وإن حلف أحدهما فقط كان القول قول الحالف وإن لم يشبه قوله؛ لأن صاحبه أمكنه من دعواه بنكوله.

قُلتُ: وقاله اللخمي، وزاد قول أشهب: إن أتى المشتري بما لا يشبه ولا علم عند الشفيع من ذلك قبل قول المشتري بيمينه ليس بحسن، وهو كمن غيب الثمن، فإن رجع لما يشبه وإلا خير الشفيع في أخذ الشقص ولا يدفع ثمنًا إلا أن يثبت الثمن أو يلزمه بيان الثمن، فإن لم يثبته سجن، ومحمل قوله: أنه أتى بما لا يشبه إن باع به في الغالب، ولو قال فيما ثمنه خمسون: اشتريته بثمانين لم يقبل قوله بحال، وهو كمن غيب الثمن.

الصقلي: اختلف إن أتيا بما لا يشبه، وأعدل الأقاويل أن يحلفا ويشفع بالقيمة.

اللخمي: إن جهل لطول السنين لغيبة الشفيع أو صغره ففي سقوط الشفعة قول ابن القاسم في الموازيَّة، وقول عبد الملك: يشفع بالقيمة ولم يبين هل هي يوم البيع أو اليوم والأول أحسن.

وفيها إن أقاما البينة وتكافتا في العدالة كانا كمن لا بينة لهما وصدق المبتاع.

الصقلي: عن سَحنون: البينة بينة المبتاع وليس تهاترًا؛ لأنها أزيد كاختلاف المتبايعين في الثمن وأقاما بينة فالبينة بينة البائع؛ لأنها زادت، وقاله أشهب.

الصقلي: هذا إن كانت عن مجلس واحد فقيل: تكاذب، وقيل: يقضى بالبينة الزائدة، وفي الموازيَّة: إن كانت عن مجلسين فالبينة بينة الشفيع إن كانوا عدولًا وإن كانت بينة الآخر أعدل؛ لأن بينة الشفيع إن كان قبل فقد زاده المبتاع بعد الصفقة، وإن كانت بعد فهو وضيعة من الثمن، وإن كانت عن مجلس واحد قضي بأعدلها، وإن تكافتا سقطتا وصدق المشتري بيمينه.

وفيها إن أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع تحالفا وتفاسخا، ولا شفعة بإقرار البائع.

الصقلي: عن الشَّيخ: يعني بقوله: يتحالفان؛ أن المبتاع وحده يحلف فيبرأ.

محمد: إن كان المدعى عليه الشراء بعيد الغيبة أخذه الشفيع ودفع الثمن للبائع إن لم يقر بقبضه ولا عهدة له عليه إلا في الاستحقاق، ويكتب للغائب العهدة في كل شيء، فإن قدم فأقر كتب عليه عهدته، وإن أنكر حلف ورد الشقص لبائعه.

محمد: أحب إلي أن لا يرد إليه إذا رضي أخذه بلا كتب عهدته ولكن يشهد على البائع بقبض الثمن وعهدة الثمن فقط.

اللخمي: قول محمد صواب، وأرى الحاضر مثله له الشفعة.

قُلتُ: وقول ابن الحاجب واختاره اللخمي يقتضي أنه سبقه به غيره في الحاضر ولا أعرفه لغيره، فالأولى تفسير قول ابن الحاجب واختاره اللخمي بقول اللخمي، وقول محمد صواب.

وفيها: من أقر أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فلا شفعة فيه بإقراره؛ لأن الغائب إن أنكر بيعه كان له أخذه وأخذ مدعي الشراء بكراء ما سكن، ولو قضى بالشفعة قاض لم يرجع الغائب بذلك فيبطل حق الغائب في الغلة.

الصقلي: لمحمد: عن أشهب: إن كان الشقص بيد مدعي الشراء ففيه الشفعة، ثم إن جاء البائع فأنكر أخذ شقصه ورجع الشفيع بالثمن.

محمد: قول ابن القاسم أحب إليَّ.

وفيها: إن قال: اشتريت الشقص بمائة، وقال الشفيع: بخمسين، وقال البائع: إنما بعته بمائتين، فإن لم يفت بطول زمان ولا بهدم ولا تغير مسكن أو ببيع أو عطية فالقول قول البائع، وإن تغيرت الدار بذلك في يد المشتري قبل قوله والشفعة فيه بذلك.

وصورها اللخمي بدعوى البائع مائة والمشتري خمسين، وقال: إن نكل البائع وحلف المشتري غرم خمسين وشفع الشفيع بها، وإن نكل وحلف البائع أخذ مائة.

قال محمد: عن أشهب: ويشفع الشفيع بخمسين فقط؛ لأن الزائد على قول المشتري ظلم.

قال: ولو رجع المشتري لقول البائع لم يقبل منه، وقال ابن الماجِشُون وأَصْبَغ: يشفع بمائة، والأول أصوب، وللشفيع قبل الفسخ أن يشفع بمائة يكتب عهدته بخمسين منها على المشتري وعلى البائع بخمسين على قول ابن القاسم، ولو كره المشتري فليس له ذلك على قول أشهب قياسًا على قوليهما: إذا استحق من الأرض ما يوجب الرد ورضي الشفيع الأخذ وأراد المشتري الرد، فقال ابن القاسم: ذلك للشفيع، ولم يره أشهب للعهدة التي تكتب عليه وهو في الاختلاف في الثمن أحسن، وله الشفعة قبل التحالف أو بعد يمين أحدهما، وكذا إن حلف على أن البيع منعقد حتى يحكم بفسخه.

وإن اختلفا بعد فوت الشقص فقال ابن القاسم: القول قول المشتري مع يمينه ويأخذ الشفيع بما حلف عليه.

وقال أشهب: يتحالفان، وعلى المشتري قيمتها يوم الصفقة إلا أن تكون القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل فأقاله المشتري ثم تكون الشفعة فيما تستقر به القيمة فجعل الشفعة بالقيمة، وإن كانت أكثر من الثمن والمشتري مطلوب بها؛ لأن إيمانهما فسخ للعقد الذي كان بينهما والقيمة بدل من العين، وإذا انفسخ العقد كان الثمن للقيمة بخلاف المسألة الأولى، وإذا حلف البائع ونكل المشتري؛ لأن العقد بحاله لم ينفسخ، وكانت الخمسون مظلمة من المشتري، ولا يدخل هنا قول ابن الماجِشُون إذا فات؛ لأنه

مع القيام يكون كالمتعدي، ولا يعد مع الفوت كالمتعدي، وإن قال المشتري: اشتريت مقسومًا، وقال الشفيع: شائعًا؛ فالقول قوله.

اللخمي: لأن الأصل الشركة، ولأن نصف ما يقول المشتري أنه اشتراه للشفيع فلا يقبل قول المشتري عليه أنه باعه بالذي اشتراه هو منه.

قُلتُ: هو سماع عيسى ابن القاسم، قال ابن رُشْد: إنما هذا إن علم أن الأرض كانت مشتركة بين البائع والشفيع ببينة أو بإقرار البائع قبل البيع، وإن لم يقر بذلك إلا بعد البيع لم يقبل قوله على المشتري؛ لأنه شاهد للشفيع فيحلف معه إن كان عدلًا ويشفع إلا أن يأتي المشتري ببينة أن البائع قاسم الشفيع قبل البيع.

اللخمي: وعكسه لو قال المشتري: اشتريت النصف شائعًا، وقد مات البائع أو غاب، وقال الشريك: كنت قاسمت شريكي قبل أن تشتري أنت منه؛ كان القول قول المشتري.

وفي أحكام ابن سهل: لو ادعى شريك أن شريكه باع شقصه من آخر وقام بالشفعة فأنكر التبايع، فقال ابن لبابة: يحلف البائع ما باع، فإن حلف سقطت دعوى الشفيع، وإن نكل حلف المدعى عليه الشراء، فإن حلف سقطت دعوى الشفيع، وإن نكل حلف مدعيها أنهما تبايعا بكذا وثبتت شفعته، وقال أيوب بن سليمان ومحمد بن وليد، وأحمد بن يحيى وعبيد الله بن يحيى: لا يمين على بائع ولا مبتاع.

[كتاب القسمة]

القسمة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معينًا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض[1]، فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائبًا، نقله الشَّيخ عن ابن حبيب،

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تصيير) جنس من مقولة الفعل والقسمة كذلك عرفًا وتصيير المشاع معينًا هو التمييز.
قوله: (مشاع) هو أعم من تعيين المشتري أحد الثوبين، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه، وتعيين معتق أحد العبدين أحدهما.
قوله: (من مملوك مالكين) احترز به من تعيين المشاع في ملك مالك، وقوله: (معينًا) أخرج به ما إذا صيره غير معين، وقوله: (من مملوك) متعلق (بمشاع)، وقوله: (معينًا) معمول لما تقدم من التصيير، وهو مفعول ثان له، والأول المضاف إليه، وأخرج به ما إذا صيره غير معين كما قدمنا.
قوله: (ولو باختصاص تصرف فيه) جملة معطوفة على حال مقدرة قبلها تقديره صيره باختصاص؛ أي: اختصاص كان، ولو كان باختصاص تصرف كما قدمنا والله سبحانه أعلم.
ولما كانت القسمة تنقسم إلى ثلاثة أقسام مهانات أو مهايات وتراض وقرعة، والمقسوم ينقسم إلى مكيل وموزون، وإلى عقار وعروض ذكر ما يعم محال القسمة؛ لأن القسمة قدر مشترك بين هذه الأصناف أو الأنواع فزاد في رسمه قوله: ولو إلى آخره؛ أي: سواء كان التعيين بكيل أو وزن وإن كان بتصرف ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف في المشاع المعين.
(فإن قلت): فما فائدة هذه الغاية بقوله ولو إلخ، وهلا قال باختصاص تصرف ويتعلق بالتصيير وهو أخصر والمعنى عليه، أو يقول باختصاص تصرف أو بقرعة أو تراض.
(قُلتُ): يظهر أن المعنى على ما قلناه ولو قاله لصح وما زال يشكل علينا فهمه فهمنا الله عنه، ولا يقال إن قسمة التراضي ليست مقصودة بالذات في كتاب القسمة بل المقصود القرعة؛ فلذا ذكر بالغاية ما يوهم عدم الدخول في الحد؛ لأنا نقول لو صح قصد ذلك لما ذكر القرعة في الغاية وصح من الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ ذكر القرعة والمراضاة في الحد مع أنهما يفتقران إلى تعريف لقرب تعريفهما بعد.
(فإن قلت): قد قسمت القسمة إلى ثلاثة أقسام، وذكر الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ التراضي ولم يذكر المهايات ولها لفظ يخصها.
(قُلتُ): بل ذكرها وهو معنى قوله باختصاص تصرف وهو منتهى الغاية.
(فإن قلت): قوله بقرعة أو تراض بأي شيء يتعلق.
(قُلتُ): الصواب أن يكون قوله بقرعة أو تراض يتعلق بالتصيير لا باختصاص على ما قررنا من دخول قسمة المهايات؛ لأنه إذا تعلق بالاختصاص يكون المعنى على خصوصية القرعة والتراضي

وتخرج المهانات، وإن علق بالتصيير صح دخول المهانات، وقد قال بعد في رسم المهانات: اختصاص شريك إلخ فتأمله، ففيه ما لا يخفى مع ما قدمنا من إشكاله.

ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائبًا، نقله الشَّيخ عن ابن حبيب وابن سهل في طعام سلم فتأمل هذا مع ما ذكروا في باب الصلح وهو مخالف لمذهب المدَوَّنة، ولعله رأى أن الرسم على ما يعم المشهور وغيره.

قال: ويخرج تعيين معتق عبدين أحدهما؛ يعني: بقوله: مالكين قوله: وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد قبل تعيينه بالقسمة.

أشار رَحِمَهُ اللَّهُ إلى مسألة المدَوَّنة إذا أوصى بعشرة من عبيده وهم خمسون، ثم ماتوا قبل إخراج الوصية إلا عشرة فإن العشرة تتعين للعتق إن حمل ذلك الثلث، وهذه تخرج أيضًا بقوله مالكين ويخرج الجميع بقوله بقرعة أو تراض كذا رأيت لبعض الشُيُوخ فتأمل ذلك، ثم إن الشَّيخ - رحمه الله تعالى ورضي عنه- قال: لم يعرفها ابن الحاجب ولا شارحه، ثم ذكر عن الشَّيخ الغبريني أنه عرفها بقوله: اختصاص الشريك بالمشاع.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: ما معناه التعريف بالاختصاص المذكور لا يصح؛ لأن الاختصاص المذكور ثابت حال الشركة إما أنه خاص بها أو عام في الشركة وفي غيرها، وعلى كل تقدير فلا يصح التعريف به؛ لأنه لو صح ذلك لصح التعريف بالمباين أو الأعم، وهو محال عقلًا، وإذا وجد في الشركة كان إما خاصًا بها أو يوجد فيها وفي غيرها، فإن كان خاصًا فقد ثبتت المباينة؛ لأن القسمة والشركة متباينان وإلا ثبت أنه أعم من الشركة والقسمة فلا يصح التعريف بمباين ولا بأعم، ثم بين وجود الاختصاص في الشركة بمسألة المدَوَّنة إذا باعت إحدى الزوجتين حظها فالأخرى أحق بالشفعة من سائر الورثة فلولا اختصاصها بحظها مشاعًا لم تشفع.

(فإن قلت): ما ذكره للشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ صحيح، وهل إذا اشترت الزوجة حظ زوجة معها تختص به عن الورثة بالمعنى الذي قدره أم لا.

(قُلتُ): نعم هذه هي المسألة الواقعة في زمن شيخه ابن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ، وظهر لشيخه عدم الاختصاص، واستدل عليه الشَّيخ بنصها في قولها من ابتاع شقصًا هو شفيعه مع شفيع آخر تحاصا فيه بقدر حصتها يضرب فيه المشتري بقدر حصته من الدار قبل الشراء كما جعل في المدَوَّنة المحاصة؛ لأنه ساواهم فكذا يقع الاختصاص للأخص والله أعلم.

قال: فرجع؛ لأنصافه، ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا إن عني الشَّيخ الغبريني بالاختصاص ما فهمناه وإن فسره بتعيين ما كان مشاعًا ففيه عناية بغير لفظ معينها مع يسره، ثم أبطل طرده على تقدير العناية باختصاص موصى له بعدده المتقدم، وكذلك باختصاص من تعدى عليه شريكه بما أتلف عليه من المشترك بينهما المثلي قدر حظ المتعدي، كنقله قفيز حنطة بينهما في مفازة غررًا تلف بقدر

ورواه ابن سهل في طعام سلم، ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتري أحد ثوبين أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل تعيينه بالقسمة، ولم يعرفها ابن الحاجب ولا شارحوه.

وتعريفها: الشَّيخ أبو العباس الغبريني بأنها: اختصاص الشريك بما كان له مشاعًا، يرد بأن اختصاص الشريك بالمشاع ثابت حال شركته خاصًا بها أو عرضًا عامًا لها ولمقابلها، فهو مباين للقسمة أو أعم منها فيمنع تعريفها به، ودليل ثبوته حال الشركة قولها مع غيرها: إن باعت إحدى الزوجتين الوارثتين دارًا حظها منها فالأخرى أحق بالشفعة فيه من سائر الورثة، فلولا اختصاصها بحظها مشاعًا كانت أشفع، وإن عنى بقوله: اختصاص الشريك؛ أن يتعين له ما كان مشاعًا، ففيه عناية بغير لفظ معينها مع يسره، ويبطل طرده باختصاص موصى لها بعدد من أكثر منه المتقدم ذكره، واختصاص من تعدى عليه شريكه بما أتلف من المشترك بينهما المثلي قدر حظه المتعدي، كنقله قفيز حنطة بينهما في مفازة غر وأتلف قدر حظ الناقل منه.

= حظ الناقل منه، ومعنى ذلك أن الرجلين إذا كانا شريكين في قفيز حنطة، ثم إن أحد الشريكين نقله إلى مفازة غررًا، فأتلف بذلك مقدار حظه فإن الحظ الباقي يختص به وليس ذلك بقسمة فهو وارد على طرد الحد.

(فإن قلت): هذا الاختصاص يجري على أن الجزء المشاع يتعين.

(قُلتُ): لا يجري على ذلك إذا تأملت لأجل التعدي من الشريك فتأمله والله سبحانه أعلم، ورأيت لبعض الشُيُوخ المتأخرين أنه قال يرد على رسم الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ من اشترى ويبة من صبرة، ثم أخذها من الصبرة فالحد صادق على ذلك، وهذه ليست بقسمة وهذا عندي فيه نظر بل نلتزم أن ذلك قسمة بتراض؛ لأن الرسم يصدق على ذلك والله سبحانه أعلم إلا أن يقال القسمة فرع الشركة ولا شركة هاهنا بدليل ما إذا ضاع شيء من تلك الصبرة فإنه لا يدخل فيه صاحب الويبة وانظر هل تخرج بقوله بقرعة أو تراض.

(فإن قلت): يرد على رسمه رَحِمَهُ اللهُ أن يقال: إنه غير منعكس بما إذا وقعت القسمة بين جماعة مالكين إن كان لفظه تثنية، وإن كان لفظه جمعًا فيكون غير منعكس بالاثنين المالكين.

(قُلتُ): فيه تأمل.

[باب قسمة المهانات]

وهي أنواع، الأول: قسمة مهاناة بالنون وبالياء، وهي: اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه فيه زمنًا معينًا من متحد أو متعدد تجوز في نفس منفعته لا في غلته[1].

---

[1] قال الرَّصاع: يقال المهانات والمهايات ومعناهما صحيح.
قال الشَّيخ ﷺ: (اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه فيه زمنًا معينًا من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعته لا في غلته) قول الشَّيخ ﷺ اختصاص.
(فإن قلت): كيف صح للشيخ ﷺ أن عرف هذه القسمة بالاختصاص، وقد قدمنا عنه ما اعترض به على الشَّيخ الغبريني في تعريف القسمة المطلقة بالاختصاص مع أن السؤال يرد عليه هنا بعينه.
(قُلتُ): يمكن الجواب عنه هنا بأن مراده بالاختصاص تعيين المشاع ولا عناية هنا لما ذكر في رسمه مما يعين ذلك والله أعلم.
(فإن قلت): وكيف صح للشيخ ﷺ أن صير جنس المهانات الاختصاص وهو لا يصح؛ لأنك إذا عرفت الحيوان المقسم إلى ثلاثة أقسام فإنما تجعل الجنس لحد الإنسان الحيوان المذكور، وقد عرف ﷺ القسمة التي هي بمنزلة الحيوان، ثم قسمها، ثم عرف أقسامها فالجاري على ما قلناه أن يقول قسمة المهانات تصيير شريك يختص عن شريكه، ثم يزيد بقية حده.
(قُلتُ): هذا تعريف بالخاصة؛ لأن الاختصاص المذكور الذي هو التعين خاصية لقسمة المهانات وما ذكر السائل إنما هو في الحد الحقيقي لا الرسمي.
قوله: (بمشترك فيه) أخرج به ما لم يكن مشتركًا فيه.
قوله: (عن شريكه فيه) قيد لا بد منه أخرج لا عن شريكه فيه.
قوله: (زمنًا معينًا) أخرج به غير المعين فإنه لا يجوز ذلك.
قوله: (من متحد) كالعبد بينهما (أو متعدد) كعبدين بينهما فإذا كان عبدان لرجلين قال كل لصاحبه نخدم أنا يومًا أو شهرًا وأنت كذلك فإن ذلك من المهانات، وكأنها إجارة.
(فإن قلت): ذكر عياض أنها منقسمة إلى قسمين مقاسمة الزمان ومقاسمة الأعيار، والشَّيخ لم يذكر إلا مقاسمة الزمان.
(قُلتُ): لا نسلم ذلك بل في كلام الشَّيخ الأمران لقوله مشترك فيه، واعترض الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ كلام عياض رَحِمَهُ اللهُ على أنه إن كان المشترك فيه واحدًا تعلق القسم فيه بالزمان لذاته، وإن كان القسم في المشترك المتعدد تعلق القسم فيه بالزمان بالعرض؛ لأن متعلقه بالذات آحاد المشترك فيه، ولا بد فيه من الزمان إذ به يعلم قدر الانتفاع، وهو كلام حسن والله سبحانه أعلم وبه التوفيق واختلف في

وفي مدتها ثلاثة:

الشَّيخ: عن ابن عبدوس: روى ابن القاسم: قول أحد الشريكين في العبد: أختدمه أنا اليوم وأنت غدًا، أو شهرًا بشهر؛ جائز.

ابن القاسم: وأكثر من شهر وشبهه.

محمد: إنما يجوز خمسة أيام فأقل.

والربع: قال ابن عبدوس: عن ابن القاسم: يجوز في الدور والأرضين، وما هو مأمون التهاني السنين المعلومة والأجل ككرائها، وليس لأحدهما فسخه، وإن تهانوا في دور أو أرضين على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية جاز، وروى محمد: لا يجوز في الدابة أن يقول: خذ كسبها اليوم وآخذ كسبها غدًا، وكذلك العبد، وروى محمد: إلا في يوم واحد.

ابن عات: قيل: في غلة الرحا يومان، وقول عياض: هي ضربان: مقاسمة الزمان ومقاسمة الأعيان يوهم عرو الثاني عن الزمان، وليس كذلك، ومحمله إن كان المشترك فيه واحدًا فتعلق القسم بالزمان لذاته، وإن كان المشترك فيه متعددًا فتعلق القسم بالزمان فيه بالعرض؛ لأن متعلقه بالذات بعض آحاد المشترك فيه ولابد فيه من الزمان إذ به يعلم قدر الانتفاع.

الباجي والقاضي عن المذهب: هي بالمراضات لا بالجبر،

ابن رُشْد: منها قسم الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم، عليه ما لم يزد

= القدر المدة، ولذلك أطلق الشَّيخ المدة المعينة على الخلاف فيها، وذلك لازم لها بعد وقوعها، وكذلك في الدار وغيرها ويكون ذلك بالسكنى والركوب والزراعة لا بالاستغلال؛ ولذا قال ﷺ: يجوز في نفس منفعته لا في غلته، وهذا يحتمل أن يكون من تمام الحد ويحتمل أن يكون حكمًا للمهانات مستأنفًا، والأول الظاهر.

(فإن قلت): قد قالوا بجواز قسم الحبس بالاستغلال وفيه خلاف.

(قُلتُ): الخلاف فيه كما ذكرت، وتأمل ما تأول به الشَّيخ ذلك من حمل القسم على ثمن المنفعة انظره والله سبحانه ينفع به وبعلمه وهو الموفق للصواب.

عددهم بولادة أو ينقص بموت ومنعه، ثالثها: يجوز برضاهم لبعضهم محتجًا بقيولهم فيمن جنس في مرضه على ولده وولده يقسم الحسن على عددهم، وعلى غير ذلك من القدامى الموجودة في مسائلهم ولفظهم محتجًا بقول مالك فيها: لا يقسم الحبس وغيرهم.

قُلتُ: عزا الاول ابن سهيل لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن، والثاني لابن الأعبس.

قال: ويفسخ إن نزل، وعزا أخذ القولين من المدَوَّنة لابن عتاب.

وقال: عن محمد بن يحيى بن لبابة: حملها على الخلاف غلط، إنما معني القسم في مسئله المرض في الأنتفاع لا علي انه يلزم من يأبي؛ ومعناه في رواية علي: قسم البنات.

قُلتُ: الأقرب حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه.

وقول ابن الحاجب: المهانأة إجارة لازمة كدار أو دارين يأخذها كل واحد أو أحدهما مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار يقتضي أن اللزوم في الأول ونفيه في الثاني لذاتها، كقولنا: الكراء إما على الإجارة ككراء الدواب وإما على البلاغ ككراء السفن، وليس بصحيح؛ لأنه لو كان لذاته لزم التناقض في الجزء الثاني من المثال الأول ونفس المثال الثاني، ولو صرح بكونه لدخول الشريكين على البت في الأول وعدمه في الثاني كان صوابًا، ولا أعرف طريقته هذه لغيره.

وعبارة ابن شاس: هي ضربان: مهاناة في الأعيان كسكنى أحدهما دارًا لهما شهرًا بشهر والآخر أخرى، ومهاناة في الأزمان كسكناهما دارًا لهما شهرًا بشهر واضحة، ويدخل عدم اللزوم فيها بمقتضى الكراء مشاهرة.

[باب في قسمة التراضي]

الثاني: سماها القاضي قسمة بيع، وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكًا للجميع(1).

وجعله الباجي ضربين: بتقويم ودونه، قال: وهما جائزان ولو في جنسين، الأول أقرب لكونه تمييزًا، والثاني لكونه بيعًا يقام بالغبن في الأول لا الثاني.

عياض: إلا اليسير فيغتفر؛ لأنه بتراض.

وفيها: إن أقتسم رجلان دارًا أخذ هذا طائفة وهذا طائفة على أن الطريق لأحدهما وللآخر فيها الممر، أو أخذ أحدهما الغرف والآخر السفل فذلك جائز لازم؛ لأنه بيع.

عياض: تأول سَحنون مسألة الطريق على المراضاة لا القرعة لوجوب إخراج الطريق في القرعة قبل القسمة، وعممها فيهما أبو عمر ابن المكوي.

قال: لأنه قد لا يحتاج لإخراج الطريق في كل قسمة كدار تحيط بها الطريق بحيث يخرج كل ذي نصيب منها بابه للطريق، وإن اضطر إلى خروجهم من النصيبين معًا على

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (أخذ بعضهم): (فإن قلت): صير الشَّيخ ﷺ الجنس أخذًا فهلا قال: بيع بعضهم إلخ؛ لأن البيع يصدق عليها كما ذكر عن القاضي.

(قُلتُ): يظهر من رسمه أنها عنده أخص من مطلق بيع؛ لأن البيع يكون بالمراضاة وبالعقد وقوله: أخذ ظاهر في قصد المعاطاة الفعلية فلذلك لم يقل بيع، وتأمل لأي شيء قال: فيما تقدم تصيير وهنا أخذ، وانظر هل الأخذ عين قسمة التراضي، أو هو مسبب عنها والضمير في بعضهم عائد على الشركاء؛ أي: أخذ بعض الشركاء بعض ما بينهم وأخرج بالشركاء الأجانب، وأخرج بالبعض الكل وأخرج بما بينهم ما ليس فيه شركة.

(فإن قلت): كيف صح جمع الشركاء مع أنهما قد يكونان شريكين فقط.

(قُلتُ): لعل أقل الجمع اثنان ولو قال شريكين فصاعدًا لكان ظاهر قوله على أخذ متعلق بأخذ، وقوله: كل واحد لا بد منه وأخرج بذلك ما إذا لم يأخذ ذلك كل واحد بتراض، فإنه ليس ببيع مراضاة.

قوله: ملكًا للجميع حال من البعض أخرج به إذا لم يكن ملكًا للجميع؛ بل كان للبعض والله سبحانه أعلم.

باب الدار نفسها فلا يقسم الباب وتقوم رقبته في أحد النصيبين على أن للآخر فيه الممر.

قُلتُ: يؤيده قولها: إن اقتسما أرضًا على أن لا طريق لأحدهما على الآخر وهو لا يجد طريقًا إلا عليه لم يجز، وليس هذا من قسم المسلمين، وفي قوله: في الباب نظر، والصواب إبقاؤه بينهما كالساحة، وقولها: إن قسموا البناء والساحة رفعوا الطريق، وأن قسموا علي أن يصرف كل بابه بناحية، ولا يدعوا طريقًا جاز ويصرف كل طريقه حيث شاء.

باب في قسمة القرعة

[illegible] قسمة القرعة هي المذكورة بالذات وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم بما يمتنع علمه حين فعله فيجزى المقسوم بالقيمة على عدد مقام أقلهم جزءًا[1].

الباجي: صفتها أن تقسم العرصة على أقل سهام الفريضة ما هو متساو قسم بالذراع، وما اختلف قسم بالقيمة.

ابن حبيب: هذا قول جميع أصحابنا.

القاضي: رب جريب يعدل جريبين من ناحية أخرى، ولابن عبدوس عن سَحنون: في الشجر تقوم كل شجرة ويسأل أهل المعرفة بالقيمة، ومن خبر حمل كل

قال الرَّصاع: قوله: (هي المذكورة بالذات)؛ يعني: المقصودة بالذات في كتاب القسمة وهي قسمة القرعة، وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم بما يمتنع علمه حين فعله قوله: فعل ما يعين هذا جنس لقسمة القرعة، فيجزأ المقسوم بالقيمة على عدد سهام أقلهم جزءًا.

قوله: مما بينهم أخرج به تعيين ما ليس بين الشريكين مما تخرجه قسمة القرعة في غير هذا مما يعين ما ليس بينهم.

قوله: (بما يمتنع علمه حين فعله) أخرج به ما يكون فيه الفعل المذكور معلومًا حين الفعل، وهو يتعلق بقوله: يعين؛ أي: التعيين واقع بشيء يمتنع علمه حين فعل التعيين فيما علم حين فعله بالتعيين ليس بقرعة، والقرعة وكيفيتها مقررة في كتب الفقهاء، وهو المشار إليه بقوله: (فيجزأ... إلخ)، وكيفية العمل قد قرروه بما هو معلوم في محله، والله سبحانه الموفق للصواب لا رب غيره.

شجرة، ورب شجرة لها منظر بغير فائدة وأخرى بالعكس، فإذا قوم جميع ذلك بكل القيمة جمع القيمة وقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة انتهى.

وسمع عيسى ابن القاسم كيفية قسم الحائط أو الدار أو الأرض أن تقسم على أدناهم سهمًا ثم يضرب في الطرفين فأيهم وقع له سهمه في أحد الطرفين ضم له نصيبه إلى حيث وقع له سهمه، ثم يضرب لمن بقي فيما بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عزل، فإذا وقع سهم أحدهم في شيء ضم إليه نصيبه إلى حيث وقع سهمه حتى يكون نصيب كل واحد مجتمعًا، كذا فسر لي مالك ووصف إن كان أدناهم سهما ذا السدس قسمت الأرض على ستة أجزاء بالقيمة، فإن كان بعض الأرض أفضل فضلت بالقيمة على قدر تفاضلها، قد تكثر الأرض في بعض تلك السهام لردئتها، وتقل في بعضها لكرمها، فإذا استوت في القيمة كتب أهل كل سهم اسم سهمهم، ثم أسهم في الطرفين معًا، فمن خرج سهمه في طرف ضم له ما بقي له من حقه.

قال عيسى: إن احتملت الكريمة القسمة قسمت على حدتها والدنية على حدتها.

ابن رُشْد: قوله: تقسم على أدناهم سهما؛ معناه: إن كانت فريضتهم تنقسم على أدناهم سهمًا مثل كمن تركت زوجًا وأمًا وأختًا لأم تقسم أسداسًا، ثم يضرب لسهامهم على الطرفين، فإن خرج سهم الزوج في أحد الطرفين، وسهم الأم في الطرف الآخر كان للأخت السدس الباقي في الوسط، وإن خرج للطرفين سهمًا الأخت والأم فالوسط للزوج، وكذا إن خرج سهم الأم وسطًا.

وقيل: إنما يضرب لسهامهم على الطرف الواحد أبدًا، وهو الثابت في كل رواياتها، وإن كانت فريضتهم لا تنقسم على أدناهم سهمًا قسمت على مذهب ابن القاسم على مبلغ سهام فريضتهم التي تنقسم منها، وإن انتهى سهم أقلهم نصيبًا إلى عشرة أسهم أو أقل أو أكثر، كزوج وأم وابن وابنة تصح فريضتهم من ستة وثلاثين تضرب سهامهم على الطرفين كما مر من خرج منهم سهمه على طرف أخذ منه كل سهامه ثم يسهم بين الباقين، فمن خرج سهمه على طرف ضم له بقية حقه، وللباقين ما بقي.

وقيل: لا يسهم إلا على طرف بعد طرف، فإن تشاحوا على أي الطرفين يسهم عليه أولا أسهم على ذلك، وهو قوله فيها: ففي كيفية تعيين الحظ أربعة أقوال: سماع عيسى: يطرح اسمين على الطرفين يضم لكل ذي اسم كل حظه، فإن بقي واحد أخذ ما بقي، وإن بقي اثنان طرح اسم علي كل طرف وما بقي لمن بقي، وإن بقي أكثر فكما فعل أولا.

ابن رُشْد: كل رواياتها إنما يسهم على طرف واحد.

عياض: ولابن أبي زَمَنَيْن عن رواية ابن وضاح فيها: إذا ضرب على أحد الطرفين أكمل لمن خرج اسمه كل حظه كان زوجة أو أما أو غيرهما، ثم يقسم ما بقي على أقل من بقي سهمًا، أو يبتدئ القسمة والقرعة على أي الطرفين، وأنكرها سَحنون، وقال: يقسم على أقل الأنصباء حتى تنفد السهام.

وقال ابن لبابة: مذهبها أن يبدأ بالضرب لذي الحظ الأقل، وحكاه فضل عن ابن الماجِشُون، وقال المغيرة خلافه: يسهم للزوجة حيث خرج سهمها.

قُلتُ: إنما عزا الباجي الأول لنقل محمد بن عبد الحَكَم.

قال: وقال أبو محمد: إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة، وهذا الذي ذكره أبو محمد قد يكون مع الجماعة أيضًا إذا كانوا أهل سهم كالعصبة لقول مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين.

ابن القاسم: ولو كانت العصبة جماعة.

ابن حبيب: لأنهم أهل سهم واحد.

وقال المغيرة: تعطى حقها حيث خرج في طرف أو غيره، وقاله ابن الماجِشُون.

قُلتُ: وهذا خلاف ما عزاه عياض لابن الماجِشُون وعلى الضرب على طرف في الضرب على الطرفين لتعيين الضرب على من خرج اسمه منها، ثالثها: إن تشاحا، للخمي عن ابن عبدوس.

ونقل عياض عن ابن لبابة: لحضرة اعتبار التشاح بينهم في قسم الأجزاء من قبلة إلى جوف أو من شرق إلى غرب لاختلاف أغراضهم لجواز قرب ملك أحدهم لما

يصير له بمقتضى الأول لا الثاني أو العكس ولها.

وفيها: إن ضرب على أحد الطرفين لخروج اسمه على الضرب على الطرفين ثم تشاحوا ضرب أيضًا على الطرفين، فإن بقي اثنان فتشاحا على أي الطرفين يضرب لم ينظر إلى قول واحد منهما، وضرب القاسم على أي الطرفين شاء، وظاهر قول الجلاب إذا اختلف المتقاسمان في القرعة على إحدى الجهتين أقرع بين الجهتين، فأيهما خرجت قرعتها أسهم عليها خلافها، ولم يحك عياض غير الأول.

وسمع ابن القاسم: سئل عن الرجل والمرأة يرثان الدار فيقع لأحدهما مواريث بعضها بعد بعض أيجمع له كل حظه في قسم واحد أم يقسم على ما ورثا؟

قال: يجمع له كل حظه في قسم واحد.

ابن رُشْد: هذا بين أن القسمة إلى ما تناهى إليه حظه بالمورث والشراء، وإن كان شيئًا بعد شيء، وذلك بين إن انقسمت الدار على ما انتهى إليه حقه، وإن لم تنقسم على ما انتهى إليه حظه فيها، وتنقسم على ما كان له فيها أولا فيشبه أن يكون من حقه أن يقسم له حقه الأول منها إذا كان الزائد بميراث؛ لأنه يقول: وجبت لي القسمة فليس الميراث الذي وجب لي بمسقط حقي في القسمة، وأن لا يكون ذلك من حقه إن كان ذلك بشراء أو هبة بعدها.

الشَّيخ: عن المجموعة: في زوج وأم وابن قاطعا الزوج على شيء من التركة، فإن سلم لهما باقي الميراث فليقسما بقية المال على تسعة منها للأم تسعان.

ابن حبيب: وروى مُطَرِّف في أحد ورثة الدار أو الأرض يشتري من بعضهم أو يوهب له ثم يقتسمونه أنه يجمع له ما ورث وما صار إليه منهم، وقول ابن الحاجب: أصحاب الفريضة الواحدة يجعلون أولا كواحد ثم يقتسمون ثانيا؛ يريد: كأخوين ورثا دارًا، ثم مات أحدهما عن ورثة فهو مع الباقي كواحد، ولم يقيده ابن عبد السلام ولا ابن هارون، ومقتضى ما تقدم من سماع ابن القاسم تقييده بما إذا لم يحتمل القسم بالوراثتين.

الشَّيخ: في المجموعة: قال ابن الماجِشُون: ما للأخوين وأخت يقسم على خمسة

أجزاء ويضرب بثلاثة أسهم، وقيل: بخمسة، والأول أصوب.

قُلتُ: هو مقتضى جمع حظ من خرج اسمه.

الشَّيخ: عن سَحنون: يبدأ في قسم الدار برفع الطريق من باب الدار إلى أقصى بيوتها يطرح ذلك لا يحسبه على أحد ثم يقسم ما بقي.

قُلتُ: تقدم لأبي عمر المكوي تقييد ذلك.

وفيها: إن اقتسما دارًا بأن أخذ أحدهما مقدمها والآخر مؤخرها على أن لا طريق لصاحب المؤخر على الخارج جاز إن كان له موضع يصرف إليه بابه وإلا لم يجز، وإذا اقتسموا دارًا مذارعة بالسهم فإن كانت كلها سواء جاز، وإن تفاوتت أو كانت سواء وجعلوا في ناحية أكثر من ناحية لم يجز.

وسمع ابن القاسم: لا يجمع حظ اثنين في القسم.

ابن رُشْد: هو قوله فيها: ومعناه: إن لم يكونوا أهل سهم واحد.

قُلتُ: للخمي من فصل قسم الوصي: يجوز جمع نصيبين في قسم التراضي.

وفي جوازه ومنعه في قسم القرعة قولا أشهب وابن القاسم.

وسمع أيضًا: إن قال أحد ورثة الإخوة للأم: أقسموا لي حظي على حدة لا تضموه لإخوتي ليس له ذلك، يقسم لهما جميعًا الثلث ثم يقاسمهم، وكذا الزوجات في الربع أو الثمن، وكذا العصبة الإخوة وغيرهم.

ابن رُشْد: لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد وهم الأخوات والزوجات والبنات والأخوات والجدات والأخوة للأم والموصى لهم بالثلث.

وفي كون العصبة كذلك واستقلال كل منهم بحظه لا يجمع مع مثله، ثالثها: إن أرادوا لهذا السماع مع ابن حبيب والمغيرة، ويحتمل مثله لسَحنون؛ ولذا طرح سَحنون قول ابن القاسم فيها متصلًا بقول مالك.

وقد قال لي مالك ما أخبرتك أنه لا يجمع نصيب رجلين في القسم، وهذا عندي في أهل الميراث كلهم غيرها هؤلاء، وهذا تفسير مني عن مالك، وقول ابن القاسم فيها؛ لأنه فسر قول مالك فيها: من ترك زوجة وعصبة وأرضًا أن المرأة يضرب لها

بحقها في أحد الطرفين، كان العصبة واحدًا وعدد لا يريدون القسمة.

واختلف في قول مالك: يضرب لها مع العصبة في أحد الطرفين فقيل: ذلك مع الورثة من كانوا ثم يقتسمون إن أحبوا، وهو ظاهر قوله فيها، ورواية ابن الماجِشُون، وقيل: مع العصبة فقط.

قُلتُ: مقتضى قول عياض: اختلف في تأويل قول مالك فيها: لا يجمع نصيب اثنين في القسم قال ابن القاسم: معناه عندي في أهل الميراث كلهم غير العصبة، قالوا: وتأويل ابن القاسم هذا خلاف قول مالك وغير مراد الآن مراده أنه لا يجمع فيها سهامهم فيه سواء.

فإن اختلفت كأصحاب ثلث وأصحاب سدس وأصحاب نصف جمع كل صنف في القرعة عليه خلاف ما ذكر ابن رُشْد من الاتفاق على الجمع في الإخوة للأم ونحوهم.

الجلاب: لا يجمع بين اثنين في القسم إلا أن يتراضى كل الشركاء بذلك.

الشَّيخ: عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي، وإن كان اثنين فهو أفضل، وإن لم يجد إلا واحدًا كفى.

وفيها: يضيف القاسم إلى القسم قيمة خشب السطح والغرف مع قيمة البيوت التي تحت ذلك، فظاهره كفاية الواحد، ونحوه يأتي لابن القاسم في سماعه، وفي الزاهي: يقسم اثنان كالشهادة.

وسمع ابن القاسم: كره مالك جعائل الذين يحسبون مع القاضي ويقسمون الدور.

ابن القاسم: وذلك رأيي، وأرى أن ينظر الوالي رجلًا ممن يحتاج الناس إليه في أمر المسلمين ويحبسه عليهم، ويجرى عليه عطاؤه كالغزاة وكالقاضي.

ابن رُشْد: مثله فيها وكرهه؛ لأن القاضي هو الحاكم بذلك على اليتيم باجتهاده، فلعله لو كان مالكًا أمره لوجد من يقسم له بأقل مما جعله القاضي عليه، وكذا إن قضى بين قوم وأمر القاسم بذلك وجعل له أجرة باجتهاده يكره له أخذ ذلك، إذ لعلهم لا

يرضون بذلك القدر، وإن رضي به المحكوم له فقد قيل: لا يرضى به المحكوم عليه؛ ولذا قال مالك لمن سأله في هذا من القضاة: ليكن من شأنك أن تأمر الورثة يرتضون رجلًا، فإذا ارتضوه وليته أمرهم يحسب بينهم، ومن هذا المعنى جعل الشرط على الناس فيما يبعثون به من أمرهم حسبما سمعه ابن القاسم في كتاب السلطان: وإن استأجر القوم قاسما فلا كراهة في ذلك، وقاله في المدَوَّنة، وكذا ما جعله الإمام من بيت المال؛ لأنه في مصالح المسلمين.

عياض: إن كان ذلك من بيت المال فجائز، وإن كان من أموال اليتامى والناس قسموا أو لم يقسموا فحرام، وبه علل المنع مرة في الكتاب، وإن كان باستئجار الناس مرة لحاجتهم فجائز إلا أنه كرهه في الواضحة.

قُلتُ: ما ذكره عن الواضحة خلاف ما تقدم لابن رُشْد، وعزاه للمدَوَّنة، وفي قول ابن عبد السلام: إن جعل له من بيت المال عوض على عمله حرم عليه الأخذ من الناس، وإن جعل له إعانة له كره ولم يحرم نظر، والأظهر الحرمة فيهما لتشبيه ابن القاسم أجراؤه عليه من بيت المال بإجراء أرزاق القضاة.

ولنقل الشَّيخ عن ابن حبيب: إذا أجرى القاسم عطاؤه من بيت المال أو من الفيء لم يحل له أن يأخذ ممن يقسم لهم شيئًا؛ لأنه كالقاضي المرتزق، وإنما يفترق الوجهان لو طرأ عليه ما يمنعه من القسم من مرض ونحوه، فعلى أنه أجير تسقط مدة مرضه، وعلى أنه إعانة لا تسقط.

وفي قولها على الرؤوس أو قدر الأنصباء قولها مع ابن رُشْد عن نوازل سَحنون في الأجير على حرز الأعدال ونوازل أَصْبَغ قائلًا: لا أقول بقول ابن القاسم مع ابن عبد الحَكم، وسماع يحيى ابن القاسم في الأجير على الخصومة لقوم.

وصوب احتجاج ابن عبد الحَكم بأنها إن جعلت على الرؤوس ربما صار على القليل النصيب من الأجرة أكثر من حظه، ونظرها أَصْبَغ بكنس ساقية ماء لقوم عليها أملاك لبعضهم أكثر من بعض وبالشفعة، وفي نظائر أبي عمران: أن التقويم في العبيد والفطرة والشفعة على قدر الأنصباء، وكذا في نفقة عامل القراض بمالي رجلين، وما

طرحه أهل السفينة خوف الغرق، والصيد يقسم على رؤوس الصيادين، وجناية معتق رجلين على عاقلتيهما بقدر حظيهما، وفي الأقضية منها: لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا، وسمع القرينان: إذا اختصم القوم في قسم فقدم القاضي عدلًا للقسم بينهم فأخبره بما صار لكل منهم قضي به، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله، وليكن من شأنه أن يأمر الورثة أن يرتضوا رجلًا لذلك يوليه أمورهم.

ابن رُشْد: وكذا كل ما لا يباشره القاضي من أمور نفسه قول مأموره فيه مقبول عنده، ولو اختلف الورثة بعد أن أنفذ بينهم ما أخبره به ابن القاسم، ولم يوجد رسم أصل القسمة التي قضى بها فقول ابن القاسم في ذلك وحده مقبول عند القاضي الذي قدمه لا عند غيره، كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله على ما مضى من حكمه، وهذا معنى قولها لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا، وقوله: وليكن من شأنك أن تدعوا الورثة فتأمرهم يرتضون رجلًا؛ هو على الاستحباب لا الوجوب، ومن قدمه القاضي جاز وإن لم يرضوه، وإنما يقدم القاسم بينهم إن طلبها بعضهم وأبى بعضهم أو كان فيهم صغير أو غائب، وإن كانوا حضورًا كبارًا راضين بالقسم فليس عليه أن يقدم لهم قاسما إن دعوه إليه، وليقدموا لأنفسهم قاسمًا تطوعًا أو بأجر، وإذا قدم قاسمًا لغيبة بعضهم أو صغره فقسم فلا ينبغي للقاضي أن يشهد على إمضاء فعله حتى يعرضه على الكبار منهم وعلى من قدمه للصغير أو للغائب فيسلموه ويراه هو صوابًا في ظاهره، إن لم يقف على صحة باطنه، فإن اعترضه بعضهم نظر في ذلك، وكذا إنما يقدم من يحسب لهم إن كانوا لا يقومون بالحساب أو كان بعضهم لا يقوم به، أو كان فيهم صغير أو غائب، وإن كانوا كبارًا يقومون به أمروا أن يجتمعوا على الحساب، ولا يقدم لهم حسابًا إلا أن يختلفوا في الحساب مع اتفاقهم على أصل المواريث.

قُلتُ: ما قاله ابن رُشْد وفسر به المَدَوَّنة مثله نقل الشَّيخ عن ابن الماجِشُون.

قال ابن حبيب: وكذلك العاقل والمحلف والكاتب والناظر للعيب لا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم، كما لا تجوز شهادة المعزول فيما يذكر أنه حكم به، وهو تفسير قول مالك، وفي كتاب ابن سَحنون عنه: إذا شهد

شاهدان على ما قسماه بأمر قاض أو بغير أمره أن كل إنسان ممن قسما بينهم قد استوفى نصيبه لم تجز؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما، ولما ذكر الباجي قول سَحنون وما تقدم لابن حبيب قال: في قول ابن حبيب نظر؛ لأن القسمة تصح من غير القاضي، وإنما يستنيب فيما يختص به كالأعذار ونحوه.

قُلتُ: هذا يقتضي أن قول ابن حبيب خلاف قول سَحنون، والأظهر أنه وفاق، وأن معنى قول سَحنون إنما هو عند غير القاضي الذي أمرهما؛ لأن نسبة قول سَحنون كقولها، وقد جعل ابن رُشْد معنى قول ابن حبيب تفسيرًا للمدَوَّنة.

المقسوم أنواع: الأول: المكيل والموزون إن كان صبرة واحدة فقال ابن رُشْد: لا خلاف في وجوب قسمه على الاعتدال بالكيل والوزن وعلى بين الفضل ولو حرم فيه التفاضل، ويجوز بالمكيال والصنجة المجهولين.

ابن زرقون: قال ابن الماجِشُون: يقسم الرطب والتين والعنب على أكثر شأنه في البلد من وزن أو كيل.

قال محمد بن عبد الحكم: لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلًا أو وزنًا؛ أي: ذلك شاء، وقال أشهب في المدَوَّنة: بيع الزيت بالكيل، فأما الوزن فإن عرف ما فيه من الكيل فلا بأس به، وإن اختلف فلا خير فيه، فجعل الأصل الكيل.

قُلتُ: ذكره قول أشهب في البيع يدل على أن ما به يعرف القدر في البيع والقسم سواء، وهو خلاف نص ابن رُشْد بالتفرقة بينهما وهو الصواب.

ابن رُشْد: ولا يجوز قسمه جزافًا دون تحر اتفاقًا، وقسمه تحريًا لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخله من الخلاف ما في بيعه تحريًا.

قُلتُ: منع التحري في المكيل عزاه الشَّيخ لمحمد وابن حبيب.

ابن رُشْد: وإن لم يكن صبرة واحدة وهو لا يجوز فيه التفاضل كصبرتي قمح وشعير ومحمولة وسمراء ونقي ومغلوث لم يجز إلا باعتدال الكيل والوزن بمكيال معلوم وصنجة معلومة؛ لأنه فيما فضل أحدهما الآخر مبادلة بمكيال مجهول.

ابن زرقون: ما كان ربويًا.

روى ابن حبيب فيه عن مالك وأصحابه: إنما يجوز قسمه كيلًا أو وزنًا أو عددًا لا تحريًا.

وروى ابن القاسم: يجوز قسم الخبز واللحم بالتحري، وله شرطان:

الأول: قال محمد: والتحري إنما يجوز في الموزون لا المكيل.

ابن حبيب: لأن الكيل لا يعدم ولو بالحفنة، وإنما تعدم الموازين، وظاهر قول مالك فيها: يجوز السلم في الخبز بالتحري جوازه مع وجود الموازين.

والثاني: سماع عيسى ابن القاسم: أن ذلك في القليل دون الكثير.

قُلتُ: هو سماعه في السلم والآجال.

قال ابن رُشْد: وهو تفسير لقول مالك.

قال: وفي قسمة ما يجوز فيه التفاضل تحريًا، ثالثها: فيما يباع وزنًا لا كيلًا لأشهب مع ابن حبيب، وهذا السماع وقولها آخر سلمها الثالث مع دليل قولها في القسمة: لا يجوز قسم البقل حتى يجز ويباع، ووقع في بعض الكتب حتى يجز أو يباع، فإن ثبتت الألف في ذلك دل على جواز قسمته تحريًا بعد الجز.

ونقل ابن عبدوس عن ابن القاسم ولابن زرقون: ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك وشبهه.

روى ابن حبيب عن مالك والأخوان: جواز قسمه تحريًا وتفاضلًا لا على الشك، ولمحمد وابن عبدوس عن ابن القاسم: لا يجوز قسمه إلا كيلًا في المكيل ووزنًا في الموزون إلا أن يبين الفضل.

ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أحب إلي، وقول ابن عبدوس في البقول: أخطأ من قال عن ابن القاسم: لا يجوز قسمه بعد الجز تحريًا، وهو يجيز التحري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل خلاف ما استحب هنا.

ابن رُشْد: إن لم يكن صبرة واحدة وهو مما يجوز فيه التفاضل جاز قسمه على التفاضل البين والاعتدال بالمكيال والصنجة المعلومين لا المجهولين؛ لأنه غرر، وواجب الحكم ألا تقسم كل صبرة إلا على حدة فيجوز حينئذ بهما مجهولين؛ لأن قسم

الصبرة الواحدة تمييز حق.

قال هو والباجي: لا تجوز القرعة في قسم شيء مما يكال أو يوزن، وعزاه ابن زرقون لسَحنون قال: وكذا عندي ما قسم بالتحري؛ لأن ما تساوى في الجنس والجودة والقدر لا يحتاج إلى سهم كالدنانير والدراهم.

قُلتُ: تقدم للباجي في قسم لحم الأضحية خلافه فتأمله، الثاني: العقار في جمع الدور في القسم بتقارب مواضعها أو يتساوى نفاقها، ثالثها: بهما للباجي عن أشهب وابن القاسم في المجموعة وسَحنون قائلا: إن كانت إحداهما قاعة لم يجمعا، فإن كان بناءً أحدهما أجود جمعا إن كانتا في نمط واحد فليست الدور كالأرضين، وقد تكون الدور في نمط ونفاقها مختلف، ومن داري إلى الجامع نمط واحد وهو متباين.

الباجي: والنمط قد يستعمل بمعنى التقارب في الصفة، ويحتمل أن يريد به المحلة الواحدة، ولابن رُشْد في كلامه على سماع أشهب راعى في قسمة الدور في هذا السماع اختلاف مواضعها لاختلاف نفاقها فلم يجز جمعها إن تباعدت مواضعها وإن اتفقت في النفاق عكس المدَوَّنة أنها تجمع إن اتفقت في النفاق واختلف في البعد، ولا تجمع إن اختلفت مواضعها في النفاق وإن اتفقت في القرب، ويقوم من المدَوَّنة قول ثالث أنها لا تجمع إلا أن تتفق في النفاق والقرب.

اللخمي: يراعى في قسم الدور مواضعها إن كانت في محلتين متقاربتين جمعت، كانتا في وسط البلد أو طرفه، وإن كانت إحداهما بوسطه والأخرى بطرفه لم تجمعا، وإن كانتا بوسطه وإحداهما بمحلة شريفة والأخرى بمحلة مرغوب عنها لم تجمعا، وقد يستخف ذلك في البلد الصغير وصفتها، فإن كان منها الجديد والقديم الرث وهي ذات عدد قسم الجديد بانفراده والقديم بانفراده، وإن كانتا دارين كذلك جمعتا وهذه ضرورة.

وفي كون المعروفة بسكنى الميت كغيرها وقبول قول مريد إفرادها، ثالثها: إن لم يكن شريفًا لها به حرمة، ورابعها: إن كانه فلمن أبى المنع مطلقًا، وإلا فشرط كونه ولدًا سكنها مع أبيه لابن أبي زَمَنَيْن مع أكثر مختصريها، وفضل وابن حبيب وعياض

عن بعضهم.

اللخمي: إن اختلفت قيمة الدارين ككون قيمة أحديهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبه خمسة دنانير؛ لأن هذا مما لابد منه، ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء.

قُلتُ: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين وليس من شرط قسم الدور استقلال كل شريك بدار كاملة.

اللخمي: وتجمع الحوانيت إن كانت بسوق واحد أو بسوقين تتقارب فيهما الأغراض، وإن تباينت لم تجمع، ولا تجمع الدور لها ولا الفنادق ولا للحمامات، وأما جمع فندق إلى حمام فيسأل عنه أهل المعرفة بالرباع، فإن قالوا تتقارب فيها الأغراض جمعت وإلا فلا، ولا تجمع الحوانيت إلى الفنادق، ويستحب جمع الحوانيت إلى دور الغلة.

وفيها: إن كانت دار بين رجلين فقال أحدهما: اجعلوا نصيبي لجنب دار له أخرى حتى أفتح فيها بابا لم يقبل قوله وقسمت، فحيث وقع سهمه أخذه، وإن اقتسماها فاشترى أحد النصيبين رجل تلاصق داره ففتح إلى النصيب من داره بابا وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه أو سكن معه فذلك له إن أراد ارتفاقًا، ولا يمنع إلا أن يجعل ذلك كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب ويخرجون كالزقاق فليس له ذلك، وإن قسموا دورًا فيها بيوت وساحة ولها غرف وسطوح بين يديها فقسموا البناء بالقيمة وأبقوا الساحة فالسطح يقوم مع البناء تقوم الغرفة بما بين يديها من المرتفق، ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة السفل كارتفاق صاحب السفل، ولا مرفق لصاحب السفل في سطح العلو إذ ليس من الأفنية، ويضيف القاسم قيمة خشب السطح والغرف مع قيمة البيوت التي تحت ذلك، وعلى ربها إصلاح ما رث منها.

اللخمي: ما فسد من أجل تصرف صاحب العلو فإن إصلاحه عليه لا على ذي السفل وخشب الأجنحة لذي العلو إلا أن تكون ممدودة إلى سقف ذي السفل ينتفع بها

كأحد خشبه، فما كان منها خارجًا فلذي العلو، وما كان منها داخلًا فلذي السفل، هذا إن كان الملك لواحد فباع أحدهما دون الآخر، وإن كان مشتري العلو أحدث تلك الخشبة فجميعها له، وإن كان لذي العلو خشب يصعد عليها إلى علوه وبنى عليها درجًا أو كانت سطحًا له كان خشبها له، وإن كانت محنية للسفل كان خشبها لذي السفل.

قُلتُ: ظاهرها قسم العلو مع السفل بالقرعة.

قال المتيطي: حمل المدَوَّنة أبو عمران مرة على التراضي، وهو نص ابن الماجِشُون، ومرة على القرعة، قال: فإن وقع تراضيا ولم يبينا لذي العلو مدخلًا ولا مجرى ماء كان على المدخل والمجرى القديمين حتى ينصا على أن ذا العلو يصرف ذلك لناحية كذا مما له الصرف إليه.

وإن اختلفا في خشب سقف السفل وهو سطح الأعلى فهو لذي السفل اتفاقًا لقوله تعالى: ﴿لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ﴾ [الزخرف: 33] فأضاف السقف لها.

قال: ويجب في قسم الدار يأخذ كل منهما حدًا معينًا بتراض بيان كون الحد شرقيًا أو غربيًا أخذًا من منتهى الحد القبلي إلى منتهى الحد الجبلي، وذرعه من الشرق إلى الغرب في كل القطرين كذا، وفيه من البيوت كذا ومن العليات كذا على أن يفتح فلان لقطيعه بابا إلى محجة كذا، ويقيم في نصيبه مرحاضًا يخرج مجراه مع ما ينصب في داره من ماء السماء إلى محجة كذا إلى سرب كذا أو إلى حفرة يحفرها فيها وينفرد الآخر بقديمها من ذلك، أو على أن يكون رقبة القديم من ذلك لفلان وللأخر فيه مجرد الانتفاع وعلى أن يقيما جميعًا من أموالهما على السواء من جزأيهما حائطًا موصوفًا بناؤه وقدره ارتفاعًا وعرضًا لسترهما يجعل فيه كل واحد من قاعته كذا أو على أن ذلك كله على أحدهما، فإن سكتا عن حكم المدخل والمخرج والمجرى والسترة ووقع المدخل والمخرج في حظ أحدهما ومنع منه صاحبه، ففي صحة القسمة ووجوب شركتهما في الدخول والخروج وصب المياه للمجرى القديم وتكون رقبة ذلك لمن صار في حظه وفسخ قسمتها.

ثالثها: إن كان لغير من صار ذلك في حظه محل يفتح فيه بابه ويخرج منه ماؤه، أو يغور في صحنه دون ضرر أمر به وتمت القسمة، وإلا فسخت لابن القاسم وابن حبيب وعيسى.

قُلتُ: الأول قولها، قال: وإن سكتا عن الستر لم يجبر عليه من أباه، وإن ذكرا إقامته ولم يبينا هل هو على التساوي في القاعة والنفقة أم لا؟ حملا على التساوي لاستوائهما في السترة به.

قُلتُ: يأتي للخمي: الصواب أن يجعل كل واحد تحجيرا؛ لأن في تركه كشف حريمه ودخول بعضهم على بعض.

ابن رُشْد: الدار المشتركة بين اثنين فأكثر ولها ساحة إن كان يطير لكل ذي حظ من البيوت وساحتها ما ينتفع به ويستتر به عن صاحبه، ففي وجوب قسمها لمن طلبه ومنعه في ساحتها، ثالثها: إن لم يكن للبيوت حجر لمعروف المذهب وقول مُطَرِّف مع تأويله قول مالك عليه وسَحنون، وأخذ عياض الثاني من قولها في القسم إن كانوا قسموا البيوت والساحة قسمًا واحدًا تراضيا، ولم يذكر قول سَحنون.

وقال: قال عثمان بن مالك الفاسي: إن كان للبيوت حجر أو لم يكن والساحة ضيقة لم تقسم الساحة إلا باجتماعهم وإن لم يكن لها حجر وهي واسعة فالقول قول من طلب قسمها، وإن لم تحتملها الساحة لم تقسم، وإن احتملها دون البيوت فقال ابن رُشْد: الآتي على قول ابن القاسم منعها إلا تراضيًا لخروج بعض السهام في الساحة فقط وبعضها في البيوت فقط وإجازتها.

ابن حبيب: بعيد إلا على أصل أشهب وقول ابن القاسم في مسألة الشجرة والزيتونة، وفي شفعتها: إن قسموا البيوت دون الساحة فلا شفعة بينهم.

قيل لمالك: إن كانت الساحة واسعة فأرادوا قسمتها ليحوز كل إنسان حصته لمنزله، قال: إن لم يكن ضررا قسمت.

عياض: حملها سَحنون على قسم القرعة، وتعقبها بأنه ضرر لاحتمال وقوع حظ أحدهم عند باب بيت غيره إلا أن يكون تراضيا.

عياض: قيل: معنى الساحة التي منع مالك قسمها هي أفنية الدور بين بيوت القرى حيث تبرك الإبل ويرتفق جميع أهل القرية، وأما ساحة داخل الدار فتقسم كالبيوت، وكذا قال ابن حبيب، وهذا وفاق قول أشهب: ليس لأحدهم بيع حصته من العرصة فقط إلا ببيع حظه من البيوت، ولو كانت واسعة إلا أن يجتمع ملاؤهم على بيعها فيجوز؛ لأنها أبقيت مرفقا لهم.

قُلتُ: يريد: أن قول أشهب يدل على أن المنع إنما هو فيما هو كالأفنية لامتناع بيعه، وذكر الصقلي قول أشهب غير مستشهد به بزيادة، فإن أبى أحدهم فهو مردود؛ لأنها أبقيت مرفقا لهم، وفيه تناف؛ لأن قوله أولًا: إن اجتمع ملؤهم على بيعها فيجوز يقتضي أن امتناع أحدهم لا يضر، وقوله: فإن أبى أحدهم فهو مردود خلافه.

وفي الجلاب: إن قسمت الدار وتركت الساحة مرفقًا لأهلها، ثم أراد بعضهم قسمها ففيها روايتان: تقسم ولا تقسم وتترك مرفقًا.

وفيها: إن اقتسموا البناء والساحة رفعوا الطريق ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه، فإن اختلفوا في سعة الطريق جعلت بقدر دخول الحمولة ودخولهم، ولا أعرف عرفًا عرض باب الدار.

قُلتُ: صح في البخاري وغيره عن عكرمة قال: سمعت أبا هريرة قال: **«قضى رسول الله ﷺ إذا تشاحوا في الطريق بسبعة أذرع»**(1).

وفيها: إن لم يطر لأحدهم من الساحة ما ينتفع به إلا في مدخله ومخرجه لا في مربط دابة وغيره لم تقسم بينهم وتركت؛ لانتفاعهم، وللأقل نصيبًا من النفع بالساحة ما للأكثر نصيبًا سكن معهم أو لم يسكن، ولهم منع من يبني في الساحة منهم، وكل منهم واحد أولى بما بين يدي بيته منها، وإن أراد بعضهم أن يطرح بين يدي باب غيره العلف والحطب لم يكن له ذلك، إن كان في الدار سعة عن ذلك، وإن احتاج إلى طرح

---

(1) أخرجه البخاري: 5/85 في المظالم، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء، ومسلم: رقم (1613) في المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه.

ذلك في الساحة ووقع بعض ذلك على باب غيره طرحه إلا أن يكون في ذلك ضرر على من يطرحه على بابه.

زاد اللخمي: وقال محمد: الانتفاع على عدد البيوت، والصغير كالكبير، وإنما يصح هذا إن كانت القيم في حين القسمة على ذلك يحط القليل النصيب من البناء بقدر ما يزاد من الساحة؛ لأن الشركة في الساحة قبل القسم على مثل الأجزاء في البيوت، فلو كانت دار بين من له نصفها ومن له ثلثها ومن له سدسها، وقيمتها مائة وعشرون لأعطى ذو النصف من البيوت والساحة ما قيمته ستون وللآخر ما قيمته أربعون وللثالث ما قيمته عشرون، ولو أعطى ذو النصف نصف المساكن وللآخر ثلثها وللآخر سدسها، وجعلت الساحة بينهم أثلاثًا لكان في ذلك ظلم على ذي النصف، ويصير قيمة النصف دون الستين والسدس فوق العشرين، والأرضون.

قال ابن رُشْد: كالحوائط إن تقاربت وتشابه قربها من الحاضرة التي تعمر منها جمعت في القسم، وإن كان بعضها أقرب إليها بيسير تخرجت على الخلاف، وفي جمع الأرضين إذا كان بعضها أكرم من بعض؛ لأن القرب كالكرم تختلف لذلك قيمتها، واليسير ميل ونحوه، وقيل: ميلان ونحو ذلك، وكذا: يختلف في جمعها إن تباعدت وهي على قدر واحد من الحاضرة، فتجمع على قولها في الدارين: تقسم قسمًا واحدًا إن استوت في النفاق وتباعدت في المواضع، وعلى سماع أشهب في الدور: لا تقسم قسمًا واحدا إلا على التراضي، وإن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير لم تقسم قسمًا واحدًا لكثرة تباينها.

وسمع ابن القاسم: من ترك نخلًا بخيبر نحوًا من خمسين عذقًا، ونحوها بوادي القرى، ونحوها بالفرع، ونحوها وراء المدينة إلى مكة، وقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهمًا فقال: اقسموا كل عذق على ناحيته.

قال مالك: لا أرى ذلك أيأخذون نخلة نخلة، هذا ضرر، يقسم ما بخيبر ووادي القرى ويعدل بالقيمة وما بناحية الفرع مثل ذلك تضم النواحي بعضها إلى بعض، تضم خيبر إلى وادي القرى والفرع إلى ما بناحيتها.

ابن رُشْد: بعد ذكره ما قدمناه: يريد: مالك: إن دعا إلى ذلك بعض الورثة؛ لأن معنى قوله: فقال: اقسموا كل عزق على حدته؛ أي: قال: ذلك بعضهم، إذ لو اتفقوا عليه لجاز، وقول مالك هذا كقول عيسى في الأرض الكريمة والدنية تقسم كل واحدة على حدة إن حملته، وفي جميعها، ثالثها: إن لم تحمل كل واحدة القسم لسماع عيسى مع ثاني وصاياها وقسمها وعيسى الباجي: أما البعد في الأرضين فقال ابن القاسم: إن تباعدت القرى اليوم واليومين قسمت كل قرية على حدة وإن تساوت رغبة الناس فيها.

قال الباجي: وهذا بحسب الاجتهاد.

قد قال ابن الماجِشُون: لا حد للقرب إلا ما يرى نحو يوم وقع، وقال ابن حبيب: يجمع البعل كله إذا تجاوز بالميلين، وسمع ابن القاسم ما بوادي القرى وبخيبر.

وروى أشهب: لا تجمع حوائط المدينة مع حوائط خيبر، وبينهما ثمانية وأربعون ميلًا.

اللخمي: لأشهب في مدونته: إن تقاربت الأرضون وبعضها أكرم، أو بعض الدور أعمر جمع لمن طلب الجمع حظه في مكان واحد ،إلا أن يكثر حظه عن دار أو أرض فيجمع له في دار أو أرض أخرى، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة على ما تراضوا عليه، وإن تباعدت الدور والأرضون قسموا الذين أرادوا التفرقة حظوظهم من كل دار ومن كل أرض، ويقال للذين أرادوا الجمع: اقسموا كيف شئتم، وإنما أرادوا أنه إن كانت متقاربة بدئ بالقسم لمن أراد الجمع؛ لأن ذلك الحكم، ويوقف الآخرون على القسم ويسقط مقالهم في القسم، فإن كان الذين أرادوا الجمع واحدا كان الضرب على الديار تكتب أسماؤها وتخلط، أيها خرج كان له، ثم يقسم الآخرون كل دار وكل أرض بانفرادها، وإن تباعدت بدئ بالذين أرادوا التفرقة تقسم كل أرض وكل دار بانفرادها منهم بالقرعة، فإذا أخذوا ذلك ففي بقية تلك الدار والأرض السابقة قبل أخذ هؤلاء أنصباءهم، ثم يجمع الباقون بالتراضي على أصله في القرعة في هذا بالتراضي.

وفيها: إن ورث قوم أراضي وعيونًا كثيرة، فإن استوت الأرض في الكرم

وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها الأرض جمعت، وإن اختلفت الأرض في الكرم والعيون في الغور قسمت كل أرض وعيونها على حدة، وجوز في الموطأ قسم البعل مع ما يسقى بالعين سيحا دون نضح.

الباجي: هذا مشهور المذهب، وروى نحوه ابن وَهْب؛ لأنهما يزكيان بالعشر بخلاف النضح المزكى بنصف العشر، وفي الواضحة وسماع أشهب: لا يجمع البعل مع السقي.

ابن زرقون: لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقًا إلا على رواية النخلة والزيتونة.

قُلتُ: كذا نقل ابن رُشْد دون استثناء.

اللخمي: روى ابن وَهْب: يقسم البعل مع العيون إذا كان يشبهها في الفضل خلاف قول ابن القاسم وأشهب: لا يجمع بعل مع سقي، وقال ابن مسلمة: يقسم البعل مع العيون لا مع النضح إلا برضى أهله، ولا وجه لهذا بل البعل مع النضح أقرب من البعل مع العين.

قُلتُ: قوله: لا وجه لهذا يرد بوضوح وجهه، وهو ما قاله الباجي من تماثلهما في الزكاة؛ لأن مراد ابن مسلمة بالعيون لا ما سقي نضحًا، وقوله: بل البعل مع النضح أقرب، كذا وجدته في غير نسخة، وبعضها مشهور بالصحة، وهو وهم في التصديق إن كان النضح عنده ما رفع بآلة والعين ما جرى دون آلة وإلا ففي تصور مسماها.

وسمع ابن القاسم: لا يجمع النضح مع السقي بالعين.

ابن رُشْد: ولم ينص هل يجمع ما يسقى بالعين مع البعل أم لا؟ وظاهرها أنه لا يجمع مثل ما في الواضحة، ونص سماع أشهب خلاف ما في الموطأ من قسم البعل مع العين إذا كان يشبهها واختلاف الثمار بالصنف كصيحاني وجعرور كالتماثل.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

اللخمي: إن كان الجيد ناحية والرديء بناحية وكل واحد يحمل القسم فاستحسن أن يقسم على الانفراد.

الصقلي: عن ابن عبدوس: إن كان بعض الشجر أكرم من بعض بالأمر المتباين جدا لم تجمع في القسم، ومثله لابن حارث عنه، وقول ابن عبد السلام: ظاهر المجموعة أن الطيب والرديء لا يجمع ويقسم كل نوع على حدة خلاف تقييد.

الصقلي: الاختلاف بالتباين جدًا، والاختلاف بالجنس كالنخل والتين غير مختلطين يمنع الجمع، وإن اختلطا في حائط واحد ففي جمعها، ثالثها: يكره لها وللصقلي عن سَحنون مع قول عياض: أنكرها سَحنون والباجي مع ابن حارث عنه.

وفيها: لا تقسم أصناف مختلفة بالسهم كالدور مع الرقيق وإن اتفقت قيم ذلك؛ لأنه خطأ إلا أن يتراضوا بغير سهم، ابن حارث: لا يجمع النوعان المختلفان اتفاقًا إلا قول أشهب: إن اعتدل الورثة فجعلوا الدور سهمًا والرقيق سهمًا والدواب سهمًا ثم أسهموا عليها أن ذلك جائز، وهو أصل خالف فيه جميع أصحابه.

ابن رُشْد: ومثله لابن القاسم في مسألة الشجرة والزيتونة وهو معترض؛ لأنه إن كان غررًا امتنع الرضا به، وإن لم يكن غررًا لزم الحكم به.

عياض: حملها بعضهم على قسمة القرعة لقوله: اعتدلتا، وقد يكون مثل هذا قوله في جميع الثمار المختلفة.

وقد أنكر سَحنون المسألة، وقال: المراد أنها قسمة مراضاة، والأول أظهر لقوله: إذا اعتدلتا، وإن كانا لا يعتدلان تقاوماهما أو يبيعاهما، ولو كان على التراضي لم يحتج إلى ذلك، وقيل: إنما جاز ذلك للضرورة فيما قل كالأرض الواحدة بعضها رديء وبعضها جيد، وكما قال في الدار البالية مع الجديدة وشبهها بالدار: بعضها رث وبعضها جديد.

قُلتُ: الاختلاف بالجودة أخف منها بالجنس.

وفيها: لا يقسم مجرى الماء وبعده لا تقسم الآبار، ولم أسمع من يقول: تقسم الآبار والعيون.

عياض: ظاهر المذهب أنه إنما أراد قسم الواحد منها، وأن الجمع منها إذا اعتدل في القسم قسم، وهو قول سَحنون وتأويله على الكتاب، وقاله ابن نافع وابن حبيب، وحمل ابن لبابة منع القسم فيها على العموم، واستدل بمخالفته للجواب في المواجل،

وقوله: أما على قول مالك فيقسم، وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر إلا أن يكون لكل واحد ماجل فلا بأس به، ثم قال في العيون والآبار: لا أرى أن تقسم إلا على الشرب، ولم يقل فيها ما قال في المواجل ولم يفرق بين قليلها وكثيرها.

عياض: لا حجة بينة في هذا؛ لأنه إنما تكلم على ماجل واحد، ويمكن في كبير أن تصير مواجل، ولا يمكن أن تصير العين عيونًا ولا البئر آبارًا، وفي جمع الثياب طريقان.

ابن حارث: اتفقوا على أن كل صنف من الثياب أو البز إذا احتمل القسم وحده قسم ولم يجمع، وإن لم يحمله فثلاثة.

ابن القاسم: يجمع البز والخز والحرير والديباج والقطن والكتان والفراء.

ابن حبيب: وأنكره الأخوان وقالا: الخز والحرير صنف، والديباج صنف، والقطن والكتان صنف، والصوف والمرعزي صنف لا يجمع شيء منها للآخر.

ابن عبدوس: أنكر سَحنون قول ابن القاسم وصوب مذهب أشهب ما جاز فيه واحد باثنين لأجل لم يجمع، وما جاز من الكتان واحد باثنين لم يجمع.

اللخمي: المعروف عدم قصر قسم القرعة على الدور والأرضين.

وقال عبد الملك مرة: لا يقسم بالقرعة غيرها ويباع ويقسم ثمنها، قال: يريد؛ لأن الأصل منع القرعة لتضمنها بيع الإنسان ملكه بغير رضاه، والغرر فيما يطير له، وعلى المعروف في الصنف الذي يجمع ثلاثة، فذكر قولي ابن القاسم وأشهب، ثالثها: قول ابن القاسم مرة: إن حمل كل نوع من الخز وما ذكر معه القسم لم يجمع وإلا جمع.

قال: وقول أشهب أحسن، واعتبار ذلك فيما تتقارب الأغراض فيه وتتباين فالسلم صحيح.

وقال ابن القاسم: لا تجمع البسط والوسائد مع الثياب ويجمع ذلك على أصله إن لم يحمل كل صنف القسم، ويختلف على قوله: إن حمله، وفي جمع أصناف الرقيق من الصغير والكبير والهرم والجارية الفارهة قولا ابن القاسم وقول أشهب، وجمع ابن القاسم الخيل والبراذين ولم يجمع البغال للحمير، ولا تجمع الخيل والبراذين على قول أشهب، وعلى منع ابن القاسم سلم البغال في الحمير جمعها في القسم أولى.

وفيها: قسم الحلي وزنًا.

اللخمي: يريد: تراضيا، أو بالقرعة إن اتحد الوزن والقيمة.

وفيها: إن قال أحدهم: أعطوني حصتكم بوزنه ذهبًا يدًا بيد فرضوا جاز.

اللخمي: ولو اختلف جاز ما لم يكن الأقل أجود منها إن كان جليًا نحو هي حليمة يوزن والذهب والفضة نمت ذلك فأقل جاز بالقيمة نفذا العرض وإلا لم يجز بالقيمة.

اللخمي: وله القول الآخر يجوز، وإن كان أحدهما مضمونًا لأجل، وإن كان حليًا من ذهب وفضة واحدهما الثلث فقد مر في الصرف.

وفيها: لا تقسم الثمار مع الأصول وإن كان الثمر بلحًا أو طلعًا، وتقسم الأصول وتترك الثمرة حتى يحل بيعها فتقسم كيلًا أو ثمنها.

الباجي: منع قسمتها مع الطلع؛ لأنه مأكول يجري فيه الربا، ولا تجوز قسمتها دون الطلع؛ لأنها ثمرة لم تؤبر، وقول ابن القاسم: تقسم الرقاب دون البلح والطلع، أنكر سَحنون ذكر الطعام فيه، وقال: إذا لم تؤبر لم تجز قسمتها.

قُلتُ: ذكر الشَّيخ إنكار سَحنون ولم يجعله كأنه المذهب الباجي، وللشيخ: عن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب: لا تقسم الثمر طعامًا أو بلحًا مع النخل إلا أن يجداه.

أشهب: أو يقسم معها على الجد ما لم يكن بلحًا قد احلولى لامتناع التفاضل فيه.

اللخمي: قيل: قسم الثمار مع أصلها جائز، وهو أحسن إن لم تبلغ إلى حرمة التفاضل كالزهو والبلح الكبير.

واختلف في استثناء ما لم يؤبر في البيع، والصحيح من المذهب جوازه؛ لأنه باق على ملك صاحبه لم يبعه، وأجاز محمد بن مسلمة بيع نخل فيها ثمر لم يصلح أبر أو لم يؤبر بالطعام؛ لأن المقصود بالبيع الأصل، وإن بدا صلاحه لم يجز، وأجاز سَحنون في السليمانية بيع نخل مع ثمرها وقد طاب بطعام إلى أجل؛ لأنه تبع للنخل كمال العبد.

قال: وقاله بعض أصحابنا، وكذا السيف تكون القبضة فيه تبعًا، والنقد فيه أحب

إلي، وإذا ثبت هذا الخلاف جاز قسم الحائط وفيه ثمر لم يؤبر على أن يبقى لربه، وعلى أن يدخل في القسم، وكذا إن كانت مأبورة أو بلحًا صغيرًا جاز أن يدخل في القسم على قول ابن مسلمة، ويجوز على قول سَحنون إن كانت بلحًا كبيرًا أو زهوًا أن يدخل في القسم كالسيفين وحليتهما، وقول ابن مسلمة أحسن؛ لأن التناجز حصل، وإن كانت غير طعام فإنما تصير طعامًا على ملك المشتري.

وفيها: لا يقسم الزرع مع الأرض؛ لأنه طعام وأرض بطعام وأرض.

اللخمي: جوازه على قول ابن مسلمة أبين، ويختلف إن لم يدخلا ما فيها في القسم فجعله ابن القاسم كما لم يؤبر إن لم يخرج من الأرض وكالمؤبر إن خرج، وقال محمد: هو كما لم يؤبر وإن برز ما لم يسبل، وقال القاضي: هو كالمؤبر، وإن لم يبرز فعلى قول ابن القاسم: لا يجوز القسم قبل خروجه بحال لامتناع استثنائه وإدخاله في القسم، وإن خرج جاز إن استثنى لا بإدخاله في القسم، وعلى قول القاضي: يجوز أن يستثنى وإن لم يبرز، ولو اقتسما ولم يشترطا بذرًا ولا زرعًا فعلى هذا القول محمل القسمة الجواز، والبذر باق على الشركة وإن لم يبرز، وعلى قول ابن القاسم: محملها على الفساد قبل بروزه وعلى الصحة بعده وهو باق على الشركة وعلى قول محمد محملها على الفساد وإن برز ولم يسبل.

والأول أحسن؛ لأن البذر كسلعة أودعت الأرض فوجب قصر القسم على الأرض دونها، وإن برز زرع إحدى الأرضين دون الأخرى فالقسم على قول ابن القاسم على الجواز وما لم يبرز لمن صارت له أرضه وما برز على الشركة، فإن استثنى من برز ما في أرضه من ذلك الزرع أو استثنى نصيبه مما لم يبرز لم يجز القسم على مذهب ابن القاسم.

وفيها: قصر قسم الثمر في أصله بالخرص على الثمر والعنب، وبلغني أن مالكًا أرخص فيه في غيرهما من الفواكه فقال: لا أرى ذلك، ثم سألته عنه غير مرة فأبى أن يرخص فيه، وروى أشهب في المجموعة وسمع لا بأس به في العنب والنخل والتين وغير ذلك إذا طاب.

ابن رُشْد: إلى هذه الرواية أشار فيها بقوله: بلغني، وهي أظهر وأصح من روايتها؛ لأنه إذا جاز الخرص والتحري فيما يحرم فيه التفاضل لاختلاف حاجتهم إليه فأحرى أن يجوز فيما يجوز فيه التفاضل، وقوله: إذا طاب خلاف قولها بإجازته في البلح الكبير خلاف قول سَحنون بمنعه فيه.

وفيها: شرط الخرص اختلاف حاجتهم بأن يريد بعضهم بيعًا، وبعضهم أكله رطبًا وبعضهم تيبيسه، فإن أراد أحدهم بيعًا والآخر أكلا، فقال الباجي: ابن القاسم: أجازه في البلح الكبير، ومنعه سَحنون ولم يره اختلاف حاجة؛ لأن الذي يبيع يجد وتركه يبطل القسم فقد اجتمعا على الجد، وفيه نظر؛ لأن الجد يختلف وقته فيهما ولو كان على الجد ما قسم إلا كيلًا، ولذا منع ابن عبدوس قسمه إن أثمر، وتبعه ابن رُشْد في تعقبه قول سَحنون، وقال: قول ابن القاسم أظهر.

وفيها جواز قسم البلح الكبير لاختلاف حاجتهم، وهو كالبسر في حرمة التفاضل، ومن عرف حظه فهو قبض له وإن لم يجده، وإن جده بعد ثلاثة أيام أو أكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهى، فإن أزهى بطل قسمه.

وفي كراهة الخرص في الكبير رواية الباجي وظاهرها.

وللشيخ عن أشهب في المجموعة: إن كان بينهما بسر ورطب لم يجز أخذ أحدهما البسر، والآخر الرطب بالخرص وليقسما كلًا منهما به.

الباجي: وشرطه تساوي الكيل، وإن كان بعض ذلك أفضل كالصيحاني والعجوة والعنب الأحمر والأسود يجمع على التساوي، فإن أبى أحدهم قسم كل نوع وحده.

قال: مالك إلا أن يجبى المقاواة.

الباجي: وعندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا؛ لأنها تمييز حق؛ لأن المراضاة بيع محض لا تجوز في المطعوم إلا بقبض ناجز.

اللخمي: أرى إن أحب أحدهما ترك نصيبه ليبسه وغيره البيع لم يقسم؛ لأن المشتري يبقى حظه لذلك، وإطلاق البيع يقتضي البقاء لليبس، وإن أراد أحدهما إبقاء حظه والآخر الجد للأكل قسم عدل ما أحب جداده، وكذا إن أحب أحدهما الجد

والآخر البيع اقتسما قدر ما أحب جده، وكان من أراد الجد بالخيار بين أن يقاسم شريكه الآن أو يؤخر ليقاسم المشتري، وإن جذ البسر عراجين فإن لم يفسد إن نثر لم يقسم بالخرص وإلا قسم إن اختلفت الحاجة.

وفيها إن قسم الثمر بالخرص فعلى كل واحد سقي نخله، وإن كان ثمرها لغيره إن قسموا الأصل قبل الثمر؛ لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمره.

اللخمي: قال ابن عبدوس: أنكره سَحنون، وقال: إنما السقي على من له الثمرة؛ لأن القسمة ليست ببيع ومن صار له حظه من الثمرة هو ميراثه، ولو كان بيعًا ما كان عليه إلا سقي نصف نخله ونخل صاحبه، وعلى صاحبه كذلك، ولو كان بيعًا كانت فيه الجائحة، وقال عبد الملك: لو اقتسم رجلان تمرًا ثم اشترياه ثم أصيب حظ أحدهما رجع على البائع دون شريكه، والصواب أن قسمة القرعة بيع لا تمييز؛ لأنه لا يختلف أن كل نخلة قبل القسم شركة فالقسم بيع؛ لأن الذي صار إليه كان له نصفه ونصفه لصاحبه، فعليه سقي نصفه وما صار إليه بالشراء سواء صار لكل واحد ما في نخله أو ما في نخل صاحبه، وقول ابن القاسم هنا كقول المخزومي فيمن باع نخلًا دون ثمره أن السقي على المشتري.

وفيها: إن قسما الرطب فالخرص وتركاه أو أحدهما حتى أتمر لم يبطل قسمه، وإن قسما صغير البلح وتركاه حتى كبر فإن قسماه على تفاضل أو تساو وهو إذا كبر تفاضل انتقض قسمه، وإلا فلا إلا أن يزهى كله أو بعضه فينتقض فيه، فإن أكل أحدهما كل حظه، والآخر نصفه فقط بطل فيما أزهى، ورد آكل كل حظه نصف قيمة ما جذ يقتسمانه مع ما أزهى.

اللخمي: والقيمة يوم الجد على أنه مجدود لا على الرجاء والخوف؛ لأنه جده بإذن شريكه.

وفيها: لا بأس بقسم صغير البلح على التحري إن اجتهدا حتى يخرجا من التخاطر.

قال مالك: إنما هو علف.

ابن القاسم: هو بقل من البقول.

مالك: ولا بأس أن يفضل أحدهما صاحبه.

ابن القاسم: لا بأس ببلح نخلة ببلح نخلتين على جده صغيرًا مكانهما ويجوز قسمه وحاجتهما سواء؛ لأنه لا يشبه الرطب بالرطب، إنما هو كالبقل والعلف.

اللخمي: اختلف هل له حكم الطعام، فقال مالك: هو علف، وقال ابن القاسم: هو كالبقل، وأرى أن يحمل على عادة أكثر محله أن محله في كونه علفًا أو للأكل، وإن كثر استعماله فيهما فله حكم الطعام وإذا حكم له به لم يجز قسمه إلا بشرط جده إلا أن تختلف الحاجة فلا بأس أن يجد أحدهما دون الآخر.

قُلتُ: جعل اللخمي قول مالك: هو علف خلاف قول ابن القاسم: هو بقل وفاق لقولها أولًا عنهما خلاف قولها أخيرا عن ابن القاسم: إنما هو كالبقل والعلف، وعلى هذا اقتصر البراذعي في اختصاره، ولعل مراده كالبقل في كونه طعامًا وكالعلف في جواز ربا الفضل فيه.

وفيها: لا يعجبني قسم البقل بالخرص؛ لأن مالكًا كرهه في الثمار، والبقل أبعد في الخرص منها فأكره قسمه به.

اللخمي: وقال أشهب: يقسم به إذا بدا صلاحه، وإذا جد أو حصد لم يقسم إلا وزنًا أو كيلًا لا خرصًا لزوال الضرورة بالجذ.

ابن حارث: عن محمد: غلط بعض الناس على ابن القاسم في التأويل فظن أنه لا يجيز قسم البقل تحريًا بعد جده، وإنما لم يجزه تحريًا قبل جزه لتأخير قبضه، وقال أشهب: لا بأس بفدان كراث بفداني كراث وإن لم يجداه بخلاف الثمرة.

وفيها: لا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعةً ولا قتًا ولكن كيلًا.

ابن رُشْد: لا يقسم بالخرص اتفاقًا لاتفاق حاجتهما فيه إذ لا يؤكل فريكًا إلا قبل بدو صلاحه، وعلى حصد كل حظه مكانه فيجوز على الخلاف في قسم البقل القائم بالخرص.

الشَّيخ: عن ابن سَحنون عنه: لا يعتدل قسم الكتان قتًا وزريعته فيه، أو بعد زوالها

حتى يدق ويقسم.

قُلتُ: وفي كون القطن قبل زوال حبه كذلك نظر، والأحوط منعه.

وفيها: لا يجوز قسم اللبن في الضروع؛ لأنه مخاطرة وإن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على المعروف، وكان إن هلك ما بيد هذا من الغنم رجع فيما بيد الآخر فجائز؛ لأن أحدهما ترك للآخر فضلًا بغير معنى القسم.

عياض: قوله: وإن فضل... إلخ سقط لأحمد بن خالد ولم يقراه، وثبت لابن عتاب، وصح عند ابن المرابط لابن باز والدباغ، وقال أشهب وسَحنون: هي أحرى بالمنع.

قُلتُ: ذكره الشَّيخ في نوادره، وظاهره من المجموعة بزيادة: ومنعه أشهب، سَحنون: لأنه طعام بطعام غير يد بيد، ولو حلباه قبل التفرق جاز، وعلة أشهب أنه لبن بلبن متفاضلًا والتأخير، وهو يجوز قسمته محلوبًا تحريًا، فإذا فضله فهو حرام، وأنكر سَحنون علته هذه، وقال: قد أجاز في الصبرة أخذ أحدهما أقل من نصفها بأمر بين ويترك باقيها لصاحبه؛ لأنه معروف.

ابن عبدوس: هذا يرد قوله في تفاضل اللبن معروفًا.

ابن القاسم: لو تهانوا في نخل أو شجر على أن يأخذ هؤلاء نخلًا يأكلون ثمرها والآخرون مثل ذلك دون قسم لم يجز، وكذلك اللبن؛ لأنه لبن بغير كيل وثمر قبل بدو صلاحه، وقد قال في الغنم ما ذكرنا.

قُلتُ: قوله: وكذا اللبن خلاف ما رأيت في بعض الحواشي الرواية فيمن بينهما بقرة جواز أن يأخذا لبنها يومًا بيوم.

[باب المقسوم له]

المقسوم له ذو شرك فيما ينقسم يجبر له من شركه فيه إن طلبه.

وفي الجبر فيما يبطل القسم صفته المقصودة كالحمام والماجل[1].

الباجي: والبيت الصغير روايتا اللخمي، ولم يحك الباجي وابن رُشْد عن مالك غير الأولى، وعزا الشَّيخ الثانية للأبهري عن عبد الملك عن مالك.

ابن حبيب وغيره: لم يقل بقول مالك بقسمه أحد من أصحابه غير ابن كنانة.

قُلتُ: عزا اللخمي وعياض لابن القاسم مرة.

اللخمي: منعه أحسن، ولو رضوا منعهم الحاكم للنهي عن إضاعة المال، وفي الجبر في الدار والأرض، ولم يطر منتفع به في حظ أو إن طار لكل شريك ما ينتفع به في وجه ما، ثالثها: ولو لواحد، ورابعها: إن طار لكل واحد ما ينفرد به وينتفع بسكناه للشيخ عن ابن حبيب عن مُطَرِّف عن مالك قائلًا: ولو لم يطر لكل واحد إلا مدود، وابن الماجِشُون مع أَصْبَغ عن ابن القاسم والباجي مع الشَّيخ عن مُطَرِّف والمقدمات عن ابن القاسم، وعزا الباجي الثاني أيضًا لابن نافع وابن وَهْب.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ذو شرك) الجنس مناسب للمحدود.

قوله: (فيما ينقسم) أخرج به ما لا ينقسم؛ لأنه لا قسم فيه، ثم ذكر رَحِمَهُ اللهُ حكم ذلك بقوله: يجبر له شريكه فيه إن طلبه.

(فإن قلت): قوله فيما ينقسم ظاهره أن ما لا ينقسم لا قسمة فيه، وقد ذكروا في المذهب مسائل يقع القسم فيها كالحائط قيل ينقسم وقيل: لا.

(قُلتُ): الخلاف فيه خلاف في حال فمن رآه كالثوب الواحد أو الخشبة ففيه ضرر، ومن رأى أنه يقع الانتفاع به بعد القسم يقول بجوازه.

(فإن قلت): إذا كان ثوب بين شريكين ودعا أحدهما إلى قسمه، فإنه لا يقسم وكيف (قُلتُ): قالوا يتقاوياه فيما بينهما أو يبيعانه فإن وقع البيع واستقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه بالثمن.

قال القاضي: ولا يجبر على المقاواة، وأما طالب البيع فلا يأخذه إلا بزيادة انظر المدَوَّنة وشراحها وما في ذلك والله سبحانه الموفق.

ابن رُشْد: ولا يراعى على قول ابن القاسم نقض الثمن إنما يراعى في العروض، قال الباجي: ومعنى الضرر على مذهب ابن القاسم أن لا تبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسم كالدار تقسم فيصير لكل واحد ما يسكن.

ابن رُشْد: ظاهر قول مُطَرِّف دعي للقسم من لا يطر له منتفع أو من يطير له، وقيل: لا يقسم إلا بدعوى الأول، وقيل: إلا بدعوى الثاني.

اللخمي: إن أراد مُطَرِّف يعطى من ينتفع بحظه حظه ويبقى الآخرون على الشركة فحسن بجميع حظهم ويصير الآخرون كأهل حظ، وإن أراد القسمة على جميعهم فليس بحسن، وهذا الخلاف إن كانت الدار إرثًا أو قنية، وإن كانت للتجر لم تقسم اتفاقًا؛ لأن فيه نقصًا للثمن خلاف ما دخلا عليه.

ابن سهل: عن أحكام ابن زياد: قال ابن لبابة: تنازع ورثة في حمل دار بينهم القسم، فأرسل القاضي من وثق بوصفه إياها فأخبر أنها ذات بيوت وعلال في دارين داخلية وخارجية بها من نحو سبعين جائزة بأسفلها نحو من أربعين فاختلفا عند المناظرة في قسمها ثم اجتمعنا عليها، ثم رجع بعض أصحابنا فأفتى بالبيع؛ لأن في قسمها ضررًا.

فقلت للقاضي: لم يقل هذا مصري ولا مدني ولا أندلسي، هذه كتبهم ناطقة بما يدل على أن البيع ظلم على من كرهه والقسمة هي السنة فيها بإجماع، فذكر ما حاصله ما تقدم من الخلاف، وزاد أن عيسى بن دينار: قال بقول مُطَرِّف نفسه.

قال: وقول ابن القاسم وأَصْبَغ يدل على قسم هذه الدار بينهم؛ لأنه يطير لأقلهم سهمًا من البيوت أكثر من سبع جوائز، ومن الغرف نحو ست جوائز، وابن القاسم يجمع العلو والسفل في القسم، وعدم حمل ساحتها القسم لا يمنع قسمها عند ابن القاسم.

ابن سهل: إلى هذا المعنى مال شيخنا ابن عتاب أن تقسم إن طار لكل واحد ما ينتفع به، وإن كان في ذلك ضرر في قيمة المقسوم، وبالقيمة أفتي في دار ابن أشرس بقرطبة وهي دار كبيرة ذات مجالس وساحة وغرف، وأفتى غيره إن قال القسام: لا

يتهيأ قسمها أن لا تقسم، واحتج بمسألة أخرجها بخط أبي إبراهيم إسحاق ابن ابراهيم التجلي الطليطلي وهي: قال أبو إبراهيم: قلت لمحمد بن عمر بن لبابة: ما تختاره من قول مالك وابن القاسم في القسمة؟ فقال: قول ابن القاسم.

قلت له: إنه لم يحد فيه حدًا، قال: قد حد فيه غيره.

كان محمد بن أحمد العُتْبِيّ يقول: يقسم ذلك وإن صار لكل واحد مقدار حيلة؛ لأن فيها ما يدخل فيه ويقوم ويقعد ويمتد.

قلت له: وما الحيلة؟ قال: ما بين جائزتين.

قُلتُ: ذلك مختلف، بعضه أوسع من بعض.

قال: الأمر متقارب، وأنا أرى أن يقسم ما صار منه للواحد قدر حيلتين.

قال أبو إبراهيم: ورأيته يفتي بذلك.

قُلتُ: الأظهر أن الجاري على قول ابن القاسم: لا يقسم البيت الصغير، قول من منع قسم الدار المذكورة؛ لأن مقتضى قول ابن القاسم أن شرط القسم بقاء منفعة المقسوم الناشئة عن صفته الخاصة به لا بقاء مطلق الانتفاع به وإلا لوجب قسم البيت الصغير؛ لأن الصائر من قسم البيت الصغير أكثر مما ذكر ابن لبابة أنه يصير من قسم الدار المذكورة.

وفيها: لا يقسم الجذع ولا الثوب الواحد ولا الملفق من قطعتين من العدني وغيره.

الباجي: ما لا يقسم إلا بضرر منه ما لا يمكن ذلك فيه كالعبد والدابة وما يمكن فيه كالشقة والحبل والخشبة.

قال أشهب: لا تقسم الخشبة، إنما القسم في غير الرباع والأرضين فيها لا يحول بالقسم عن حاله ولا يحدث فيه قطع ولا زيادة، وقال ابن حبيب: لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد.

قُلتُ: هما نصها.

عياض: قسم التراضي فيما يفسده كاللؤلؤة والشجرة المثمرة والدابة غير مباحة

اللحم: ممنوع، وفيما يبخس بعض ثمنه الثوب وكالجذع جائز، وفيما يبخس كثير ثمنه كالياقوتة الكبيرة أو الجمل النجيب مختلف فيه.

وفيها: يقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر.

المتيطي: عن الأخوين: لا يقسم إلا بتراض، مجردًا كان أو حاملًا، وقاله أَصْبَغ، فضل والمخزومي وابن نافع وسَحنون: وعلى قسمه العمل.

ابن العطار: في صفة قسمه خلاف قول ابن القاسم: يمد حبل بطوله أعلاه من أوله إلى آخره ويرشم نصفه ويقرع بينهما.

وقال عيسى بن دينار: يقسم عرضًا يأخذ كل منهما ما يليه.

قُلتُ: يريد: تراضيًا والقرعة فيه كذلك محال.

وقال اللخمي بعد ذكر الصفة الأولى: كأنها المذهب، ولا يقسم بأخذ كل منهما ما يليه؛ لأن ما يضعه أحدهما عليه من خشب مضرته على كل الحائط إلا أن يقسما الأعلى مثل أن تكون أرضه شبرين فيبنى كل واحد على أعلى شبر مما يليه، ويكون ذلك قسمة للأعلى، وجملة الحائط على الشركة الأولى أو يقسمان أرضه بعد هدمه.

وفيها: لا يقسم الباب والمصراعان ولا الخفان ولا النعلان والرحا والساعدان والرانان إلا تراضيا، ولا الفص ولا الياقوتة واللؤلؤة والخاتم والغرارتان إن لم يكن في قسمهما فساد قسمتا وإلا فلا، وكذلك الحبل والخرج والمحمل، وذكر الباجي قولها في الغرارتين، قال: وقال ابن حبيب: لا تقسم كالخرج، وجوز أشهب قسمها، فظاهره أن الأقوال ثلاثة.

اللخمي: على قول مالك يقسم الحمام، يقسم كل ما لا يتلفه القسم من ذلك.

وفيها: لا يقسم الدين على الغرماء بقسمهم؛ لأنه دين بدين، وتقدم نقل الشَّيخ عن ابن حبيب جواز قسم الدين على المدين ولو كان غائبًا، وحكاه ابن سهل عن مالك في طعام سلم ولو لم يحل.

وفيها مع غيرها: ما احتمل القسم جبرًا فيه لمن طلبه.

وفي شرط الجبر بكونه فيما ينقسم لا شركة في بعض آحاده، سماع القرينين وقول

ابن حبيب سمعًا إن دعا أحد رجلين اشتريا رقيقًا إلى قسمها قسمت إن كانت تنقسم وإلا باعوها إلا أن يريدوا أن يتقاوموها.

ابن رُشْد: يريد: إن اعتدلت في القسم بالقيمة حتى يصير لكل واحد حظه دون شركة في عبد، وإن لم تنقسم بينهما إلا بجزء في عبد باعوها واقتسموا ثمنها إلا أن يحبوا أن يتقاوموها، وتقدم قول ابن حبيب أول مسألة من سماع ابن القاسم أنها إن لم تنقسم بالقيمة على قدر حظوظهم قوم كل عبد وأسهم عليها، فمن خرج سهمه على عبد منها وقيمته أكثر من حظه فله منه قدر حظه، وباقيه لشريكه، وإن خرج سهمه عليه وقيمته أقل من حظه ضرب له ثانية، فإن خرج سهمه على عبد قيمته أكثر من بقية حظه منه فله منه بقدر ما بقي من حظه، وإن خرج سهمه على عبد قيمته أقل من بقية حظه أخذه وضرب له ثالثة حتى يستكمل حظه.

الباجي: يقسم العبيد إن تفاوتت أثمانها إذا اعتدلت في القسم، قاله ابن حبيب، قال مالك: وإن لم تعتدل بيعت.

قُلتُ: ظاهر نقله هذا عن ابن حبيب خلاف ما ذكره ابن رُشْد عنه، وللشيخ في المجموعة لابن وَهْب: من ترك عبيدًا فطلبت زوجته أن يقع لها حقها في كل عبد أو وليدة قسم لها حقها في كل عبد أو وليدة، فإن تم لها حقها في العبد أو الوليدة أخذته، وإن نقص منه قومت في العبد أو الوليدة، ولم يجعل حقها في ذلك كله لفساده وضرورته، وظاهره مثل نقل ابن رُشْد عن ابن حبيب، وهو نص قولها في العتق الأول في موضعين منه في القسم للعتق والإرث وفي القسم للبيع في الدين والعتق، ونحوه في أول وصاياها الأول إلا أن يقال: العتق مانع من بيع ما لا يستقل في القسم بخلافه بين الشركاء.

المتيطي: عن ابن حبيب عن أَصْبَغ: لا يأمر القاضي بقسم بين ورثة طلبوه منه حتى يثبت عنده ملك موروثهم ما طلبوا قسمه إلى أن هلك عنه، ولا يحكم إلا بما ثبت عنده، وإن أحبوا قسم ذلك؛ لأنفسهم لم يعرض لهم، وهو الشأن وعليه العمل.

قال بعض الأندلسيين: هذا قول مالك وأصحابه.

قال أبو عمر في كافيه: وإن قسم القاضي بينهم دون أن يثبتوا عنده الملك ذكر في كتاب القسم: أن ذلك بإقرارهم دون بينة.

وفيها مع غيرها: يقسم على الصغير أبوه، فإن حابى في قسمه ردت محاباته كعطيته بعض ماله، وكذا وصيه.

اللخمي: إن ولي صغيرًا واحدًا جاز قسمه عليه دون مطالعة حاكم، وإن ولي صغيرين ففي جواز قسمه عليهما مع رشيد وكراهته خوف ميله لأحدهما على الآخر قولان، إلا أن يكون ما يأخذه لهما شائعًا.

قُلتُ: هذا بناءً على جمعهما في حظ واحد، ولو ولى صغارًا لا كبير معهم فقال فيها: إنما يقسم بينهم السلطان، وقال أيضًا: يكره، فإن نزل مضى، وقال سَحنون: جائز.

اللخمي: هو قول ابن القاسم في الرهون منها: يجوز للأب أن يشتري لابنه الصغير من ابن له صغير، وعزاه عياض للواضحة، فضل: هذا أشبه من قول ابن القاسم، واحتج بمقاسمة الملتقط والحاضر، ومثله ليحيى بن عمر.

وحمل ابن شبلون قولها في أنهم إن كانوا كلهم صغارا لم يقسم إلا بأمر السلطان، فإن كان معهم كبارًا استحب إذنه، فإن لم يفعل مضى، وإن كانت مع أجنبي جازت دون إذن.

المتيطي: ذكر هذا التفصيل لأبي عمران فوقف فيه.

وفي جواز جمعه حظوظ الأيتام في مقاسمتهم لهم رشيدًا، ثالثها: الوقف للمتيطي عن أشهب وابن القاسم وأول قولي أبي عمران.

قُلتُ: الأولان على قوليها في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ومنعه المتيطي، هذا في قسم القرعة، وفي المرادات قوى ابن العطار مع ابن أبي زَمَنَيْن وابن الهندي مع رواية في العتبيَّة ورده الباجي في وثائقه بقولها: في شراء الأب لابنه الصغير.

وسمع القرينان: للأم الوصي أن تقسم بين بنيها بأمر عدول دون أمر سلطان.

ابن رُشْد: هو جائز إذا عرف فيه السداد، وهو معنى قولها في كتاب القسمة أن الوصي لا يقسم بين الأيتام إلا بأمر السلطان.

وقيل: فعله ذلك هو على السداد حتى يثبت غيره، وهو الآتي على ما في الرهون منها؛ لأنه أجاز فيه للوصي أن يشتري لبعض أيتامه من بعض فالقسمة أحرى؛ لأنها تمييز حق.

فإن قلت: ظاهر استدلال اللخمي بها في رهونها في شراء الأب لبعض بنيه من بعض يقتضي أن ذلك إنما وقع في الأب، وابن رُشْد ذكره في الوصي.

قُلتُ: هما معًا في المَدَوَّنة دون قياس أحدهما على الآخر، والصواب استدلال ابن رُشْد لا اللخمي؛ لأنه لا يلزم من عدم اتهام الأب عدم اتهام الوصي، وبما استدل به ابن رُشْد استدل به الباجي في وثائقه.

وفيها: يجوز قسم ملتقط اللقيط عليه، ولا يقاسم العم على ابن أخيه، ولا الأم إن لم تكن وصيًّا.

عياض: قال سَحنون: هذا اختلاف، وهذه الأصل، ومسألة اللقيط لا شيء، وروى أشهب: للأخ أن يبيع على إخوته الأيتام.

أشهب: إذا ولي الأخ أو العم مثل ما ولي الملتقط لقيطه يبيع له ويبتاع فعلى هذا المسائل متفقة، وجوابها واحد وهو اعتبار وجود الحضانة وعدمها.

قُلتُ: وفي سماع عبد الملك في الوصايا قال سَحنون: روى ابن تمام لكل من ولي يتيمًا قريبًا أو أجنبيًا مقاسمته له وحيازته.

وفيها: لا يقسم لغائب إلا الإمام يوكل بذلك ويجعل حظه بيد أمين ليس لوصي الأصاغر أن يقول: أبقوا حظه بيدي.

عياض: أما القسم فيقسم على الغائب، وقد فرق في أول الكتاب هنا بين القريب الغيبة وبعيدها، وكذلك جعل الحكم عليه، وللشيخ في المجموعة لأشهب: إن قسم الحاضرون ولم يقسموا للغائب على أن حقه مفترق عندهم لم يجز؛ لأن له جمع حقه.

المتيطي: قال مالك وابن القاسم وغيرهما: إنما يقسم له القاضي لا صاحب الشرطة، وبه العمل، وقال أشهب: إن كان صاحب الشرطة عدلًا وأصاب وجه الحكم جاز قسمه عليه، ونحوه روى ابن القاسم في قسمه على الصغار وهو اختلاف من قوله:

وشرطه كالحاضر مع ثبوت طول غيبته بحيث لا يعلم أو ببلد بعيد يتعذر الإعذار إليه، وأجاب ابن عتاب وغيره فيمن أثبت بقرطبة ما يجب قسمه فيها على من بإشبيلية بوجوب الإعذار إليه لقرب محله وأمن طريقه، وقال ابن مالك: الإعذار في هذا وهم لا يحتاج إليه.

المتيطي: وما قاله ابن عتاب أبين وأجرى على الأصول.

اللخمي: عن محمد: للوصي أن يقسم العين بين الصغار والكبار الغيب، ثم يقسم ما صار للصغار بينهم لا ما صار للكبار بينهم، ولو فعل ما جاز، ورجع من ضاع حظه منهم على من سلم حظه، ومنع ذلك محمد في المكيل والموزون، وأجازه أشهب إن كان الطعام صنفًا واحدًا.

قال: كأخذه النفقة منه للأصاغر وإقراره حظ الغائب، وكنفقته عليهم من فاضل التركة عن دين الميت ذلك جائز، وتلف مصاب الغائب ودين الغريم منهما، وهو أصوب إن كان قسمه لهم من صبرة واحدة أو من كل صبرة، وإن أخذ لمن يليه صبرة ووقف للغائب أخرى فلا؛ لأنه مما تختلف فيه الأغراض، ولا يجوز ذلك في العروض والعبيد.

محمد: إن فعل فهلك حظ الغائب فهو من جميعهم، وإن هلك ما للصغار فهو منه.

قُلتُ: وكذا ينبغي في تلف حظ الغائب؛ لأن القاسم متعد فيهما إلا أن يقال ما للصغار هو تحت تصرفه بخلاف حظ الكبار.

محمد: ليس قسم الدور وغير العين بين الصغار والكبار كقسمة الوصي الثلث بين الموصى لهم إن كانوا كبارًا ذلك جائز عليهم؛ لأن الذي أوصى ولاه ذلك، وأجاز إذا أوصى بالثلث أن يقسم على الغائب فيأخذ الثلث للموصى لهم ويوقف الثلثين.

واختلف هل يبيع جميع التركة ثم يقسم العين أثلاثًا أو يبيع الثلث فقط، وإجازته ذلك خوف اختلاف القيم فيما يأخذه الورثة قد تكون قيمة ذلك عند بعض أهل المعرفة أقل، والقياس ألا يباع ثلثاهم، وأصل المذهب والمعروف منه أن لا يقسم الوصي على الغيب الكبار ولا لدين ولا لغيره.

وقال أشهب: وإن لم يكن على الميت دين ولا وصى بشيء والورثة بعيدو الغيبة فله بيع الحيوان والعروض؛ يريد: بيع الحيوان لما يتكلف من حفظها والإنفاق عليها، وبيع العروض إذا خيف فسادها، وقال ابن القاسم: يرفع ذلك إلى الإمام وهو أحسن.

قُلتُ: انظر على من يعود الضمير في قول أشهب فله بيع مع فرض غيبة الورثة وأن الميت لم يوص بشيء إلا أن يريد بقوله: والورثة بعيدو الغيبة؛ أي: أكثرهم.

وسمع ابن القاسم: إن كانت امرأة الميت حاملًا لم يقسم الميراث حتى تضع، قيل: أتؤخر حتى يستبرأ رحمها بحيضة؟

قال: ما سمعت بهذا، إن كانت حاملًا أخر الميراث، قيل: إن أبطأت حيضتها لا يعجل حتى تضع، وإن قال الورثة: يتبين من حملها.

ابن رُشْد: مثله في رسم العتق من هذا السماع من كتاب العتق أنه لا يقسم حتى تضع، وإن قال الورثة: نجعل الحمل ذكرًا نعزل له إرثه.

أَصْبَغ: إن فعلوا فسخ قسمهم ووقف كل المال، فإن تلف حظ الورثة بأيديهم قبل الفسخ وولد المولود أعطي حظه، وإن تلف حظه وسلم حظهم أعطي حظه مما بأيديهم وابتدئت القسمة فيه من الجميع، هذا قول أَصْبَغ إلا ما زدت فيه على وجه التفسير، ولو تلف الجميع لرجع عليهم بحظه مما تلف بأيديهم لتعديهم بأخذه لا بحظ من الجميع؛ لأنهم فعلوا في وقف حظه ما وجب، وكذا إن كان له ولد فقالت زوجته: عجلوا لي ثمني لتحققه لي؛ لم يكن ذلك لها.

قال مالك في المبسوطة: فإن فعلوا ذلك ثم تلف المال أو بعضه لم يرجعوا عليها بشيء.

ابن القاسم: يريد: لا يتبعها من قاسمها، وأما الحمل فيقاسم من كان من الورثة مليًا ما بأيديهم، ويتبع هو وهم المعدمين ليس كطرو ولد على الورثة بعد قسمهم هذا يتبع الملي والمعدم لعدم علمهم به حين قسمهم، وفي الحمل هم عالمون به.

ابن القاسم: ومن أعتق من الورثة رأسًا قبل وضع الحمل قوم عليه، ومعناه: إن ورث مع الحمل ولم يحجبه، واختلف إن كانت وصية، فسمع ابن القاسم في رسم البز

من الوصايا: لا تنفذ حتى تلد، ورواه ابن أبي أويس، وقاله محمد بن مسلمة.

قال: لأن ما يهلك يهلك من رأس المـال، وما يزيد منه يزيد، فيكون المـوصى له استوفى وصيته على غير ما ورث الورثة.

وروى ابن نافع في المبسوطة: تنفذ الوصية ويؤخر قسم الإرث حتى تلد، وقاله أشهب في بعض روايات العتبيَّة، ويؤدى الدين ولا ينتظر به الوضع، لا أعرف فيه خلافًا إلا ما ذكر من غلط بعض الشُيُوخ الذي لا يعد خلافًا.

قال الباجي: حكم ابن أيمن في ذلك أنه لا يؤدى الدين حتى تضع امرأة المدين حملها، فأنكرته عليه، فقال: هذا مذهبنا، ولم يأت بحجة، والصحيح عدم انتظاره، ولا يدخله اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل؛ لأن العلة في تأخير تنفيذ الوصية عند قائله خوف تلف التركة قبل الوضع فيرجع الورثة على الموصى لهم، وقد يكونون معدمين، وهذا منتف في الدين بل يخشى تلف التركة في التوقيف فيبطل حق رب الدين دون منفعة للوارث، وإذا وجب قبل قضاء دين الغائب من المـال مع بقاء ذمة المدين إن تلف المـال كان في الميت أحرى؛ لأن الميت انقطعت ذمته، ولأن الحمل لا يجب له حق حتى يستهل صارخًا، والغائب حقه ثابت، فإذا لم ينتظر الغائب فأحرى الحمل، وقول ابن القاسم فيها مع غيرها: من أثبت حقًا على صغير قضي له به، ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضعه حملا.

قُلتُ: على مذهب سَحنون في الحكم على الغائب في إقامة وكيل له لا تبقى له بعده حجة حسبما نقله غير واحد عنه، ووجهه قول ابن أيمن نقل غير واحد الإجماع على وقف الحكم على المحكوم عليه بغير إقراره على الإعذار له، والحمل غير محقق كونه وارثًا ما دام حملًا إجماعًا، وكلما كان كذلك كان الحكم بتعجيل قضاء الدين قبل وضعه ملزومًا لأحد أمرين: إما الإعذار لنائب عمن لم يثبت حقه بعد، وإما الحكم على غير مقر دون إعذار له، وكلاهما باطل فتأمله، ونقل المتيطي وغيره قول الباجي، وابن رُشْد وقبلوه.

قال ابن رُشْد: فمن مات وترك امرأة وجب أن لا يعجل إرثه حتى تسأل، فإن قالت: إنها حامل؛ وقفت التركة حتى تضع أو يظهر عدم حملها بانقضاء عدة الوفاة وليس بها حمل ظاهر، وإن قالت: لست بحامل؛ قبل قولها وقسمت التركة، وإن قالت: لا أدري؛ أخر الإرث حتى يتبين أن لا حمل بها بأن تحيض حيضة أو يمضي أمد العدة ولا ريبة حمل بها، وهذا معنى قوله في السماع: لا يتعجل قسم الإرث حتى يتبين من حملها، وكره أن يقول: حتى تستبرئ.

[باب ما يحكم فيه ببيع ما لا ينقسم]

والمعروف الحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الشركة، وقيده غير واحد بنقص ثمن حظه مفرقًا عن ثمنه في بيع كله[1].

وقال المتيطي في كتاب الشفعة: من أوصى بثلثه للمساكين فباع الوصي ثلث أرضه فلا شفعة فيه؛ لأن بيع الوصي له كبيع الميت، قاله سَحنون، وقال غيره: فيه الشفعة للورثة، قال ابن الهندي: وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة، ربما آل ذلك لإخراجهم من ملكهم إذا دعا مشتريه إلى مقاسمتهم ولم يحتمل القسم.

قُلتُ: تعليله نص في قبول دعوى البيع ممن دخل على الشركة.

قال عياض: وعلى قول اللخمي: ما اشتري للتجارة لا يجبر على قسمه من أباه، يجب أن لا يجبر من أبى بيعه عليه؛ لأن على الشركة دخل فيه حتى يباع جملة.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بدعوى شريك) معناه: إذا دعا شريك في الشيء ولم يدخل على الشركة فيه، وأما إن دخل على ذلك فلا يجبر غيره ويجبر هو.

قوله: (بنقص) إلخ هذه الزيادة.

قال الشَّيخ: قيد بها غير واحد ذلك وهي ظاهرة، وأما إذا لم يقع نقص فلا يقع جبر وإذا دخل على الشركة فلا يصح جبره على المعروف إلا ما وقع في كتاب ابن الهندي.

زاد اللخمي: إذا كان الربع للتجر فلا جبر فيه، وانظر ما اختاره الشَّيخ رحمه الله، وانظر ما نقله عياض عن شيخه وتأمل ما هنا من المسائل والله سبحانه أعلم.

قُلتُ: دخوله على بيعه جملة مؤكد لقبول دعواه بيعه جملة، فكيف يصح قوله: لا يجبر على البيع من أباه، وإنما يصح اعتبار ما دخلا عليه من شرائه للتجر إذا اختلفا في تعجيل بيعه وتأخيره، والصواب في ذلك اعتبار معتاد وقت بيع السلعة حسبما ذكره في القراض منها.

قال عياض: ويجب أن يكون الحكم بالبيع فيما ورث أو اشتراه الأشراك جملة في صفقة، ومن دخل على الشركة فلا جبر له إذ لا حجة له في بخس الثمن في حظه مفردًا؛ لأنه كذلك اشترى، وذهب شيخنا أبو الوليد لمثل قول الداودي في رباع الغلة وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد؛ لأن رباع الغلة إنما تراد للغلة، وقلما يحط ثمن بعضها مفردا عن ثمنه في بيعها جملة، بل ربما كان الراغب في شراء بعضها أكثر من شراء جملتها، بخلاف دور السكنى وما يريد أحد الأشراك الاختصاص به لمنفعة ما.

قُلتُ: المعروف عادة أن شراء الجملة أكثر ثمنًا في رباع الغلة وغيرها، إلا أن يكون ذلك عندهم بالأندلس، وإن كان فهو نادر، ويلزم على مقتضى قوله: أن لا شفعة فيها.

قال عياض: وخرج قول الداودي على قول مالك بوجوب القسم في كل شيء.

المتيطي: إن كانت دار شركة بين جماعة سكنها بعضهم، وبعضهم خارج عنها فأراد الخارجون تسويقها وبيعها وطلبوا إخلاءها لذلك، ودعا ساكنوها غرم كرائها على الإباحة للتسويق، وأبى الخارجون فأفتى ابن عتاب وحكى فتوى شُيُوخه بإخلائها لذلك، إلا أن يوجد من يكتريها من غير الشركاء بشرط التسويق وأمن ميله لبعض الشركاء وليس من ناحية بعضهم.

وقال أبو عمر بن القطان: بقاء الدور دون كراء ضرر فيما يكرى مثلها، والصواب إن ثبت أن تسويقها للبيع خالية أفضل منه مسكونة وأوفر لثمنها أخليت، وإلا قيل لهم: تقاووها ليسكنها بعضهم، فإن أبيتم أخليت وأشهرت للكراء بشرط التسويق، وإذا وقفت على ثمن فلمن أراد سكناها منهم أخذها بذلك إلا أن يزيد عليه بعض من شركه، وحكاية بعضهم قصد الإخلاء على الدور هو مفهوم كلام الأندلسيين.

وفيها: إذا دعا أحدهما لقسم ثوب بينهما لم يقسم، وقيل لهما: تقاوياه فيما بينكما أو

بيعاه، فإن استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه وإلا بيع.

وفيها أيضًا: إن لم ينقسم ما بينهما من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بمورث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطي فيه فأخذوا منه أن ليس لطالب البيع أخذه إلا بزيادة على ما وقف عليه من الثمن، ومثله قول الباجي: إن أرادوا المقاواة جاز، ولا يجبر عليها من أبى، وقيل له: خذ حظه بما أعطي وإلا بع معه، ويحتمل أن يكون الشركاء في الأخذ بما بلغه المبيع من الثمن سواء؛ لأن قولها: لمن أبى البيع الأخذ بذلك أعم من كونه أباه، أولا فجبر عليه أو أباه حين بلوغه الثمن المذكور، وهو ظاهر قول أبي عمر في كافيه ما نصه: ما لا ينقسم يجبر فيه الشريكان على المقاواة أو البيع، وصاحبه أولى بما بلغ في النداء إن أراده، وذكر عياض ما حاصله لمن قصد بدعواه البيع إخراج شريكه والانفراد بالمبيع عنه فليس له أخذه بما وقف عليه من الثمن، وإن لم يقصد ذلك فله أخذه بذلك، قال في أول كلامه: أنه ظاهر مسائلهم.

وفي آخره: وقاله ابن القاسم، وبه أفتى الشُيُوخ وعمل القضاة، وفي لفظه إجمال حاصله عندي ما ذكرته، ففي كون الشريك أحق بما بلغ المبيع المشترك مطلقًا أو إن لم يكن الطالب بيعه ثالثها: إن لم يكن قصد إخراج شريكه منه لأخذ غير واحد منها ولأبي عمر ونقل عياض.

وفيها مع الواضحة: لزوم حكم القسم بعد نفوذه ودعوى الغلط فيه دون بينة ولا تفاحش يوجب حلف المنكر، وبأحدهما يوجب نقضه.

ابن حبيب: ولو كان الغلط في حظ واحد فيبتدأ ولا تعدل السهام على أن يبقوا على سهامهم.

قُلتُ: ظاهره نقضه بثبوت يسير الغلط، وعزاه عياض لها ولأشهب وابن حبيب، قال: وقال الشَّيخ: وبعضهم يعفى عن اليسير كالدينارين في العدد الكثير، هذا في قسم القرعة جبرًا، ويعفى عنه في التراضي اتفاقًا.

ابن حبيب: فإن فات ببناء حظ من غلط في حظه بزيادة تبعه ذو النقص بحقه في

قيمة ذلك مالا وفوته ببيع لغو ما لم يفت ببناء مبتاعه، فإن فات به رجع ذو النقص على بائعه، فإن وجد عديمًا رجع على مبتاعه ويرجع هو على بائعه، فتعقبه الشَّيخ بقوله: كيف يرجع على المشتري؟ وبماذا يرجع عليه بحصة الثمن أو القيمة؟

الصقلي: يريد ابن حبيب أن يرجع عليه بقيمة ما نقص من سهمه كالبائع.

ابن حبيب: فإن بنى الذي لم تقع الزيادة في حظه وبنى من وقعت عنده نقض القسم فيما لم يبن من الحظوظ وفي حظ ذي الزيادة، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه غلط مضى لصاحبه، كذا فسر لي الأخوان وأَصْبَغ.

اللخمي: دعوى الغلط في قسم التراضي كالغبن في البيع.

وفيها إن اقتسما عشرة أثواب أخذ أحدهما ستة والآخر أربعة ثم ادعى ثوبًا من الستة في قسمه لم يصدق، وحلف حائز الستة إن أشبه قوله، ولا ينتقض القسم بخلاف اختلافهما في زيادة ثوب في البيع، ففرق الشَّيخ باتفاقهما على دخول الثوب المتنازع فيه في القسم واختلافهما في دخوله في البيع.

اللخمي: وقال أشهب: يصدق حائزه دون يمين إن أقر خصمه أنه دفعه له غلطًا، وإن قال: وديعة قبل قوله أن القسم خمسة خمسة، وخير الحائز في رده له وحلفه فينتقض القسم.

ابن عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب فقط.

قُلتُ: الذي نقل الصقلي عن ابن عبدوس عن أشهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان مطلقًا، وهو لفظ الشَّيخ في النوادر.

اللخمي: عن ابن حبيب: إن كان قسم تراض سقطت الدعوى، وإن بان الغلط كإمضاء غبن بيع المساومة، وكذا إن كان قسم قرعة إلا أن يتفاحش الغلط فيرد القسم، وأرى إن كان قسم قرعة، فإن عدلت قيمة الستة قيمة الأربعة مضت القسمة دون يمين، وإن كان تعديلها خمسة بخمسة قبل قول مدعي السادس لدعواه صحة القسم بتسوية السهام ودعوى الآخر فساده بتفاوتها، وإن كان قسم تراض، فإن قاربت قيمة الستة قيمة الأربعة وإن أضيف السادس للأربعة تباينت القيم سقطت دعوى السادس؛

لأنها لا تشبه، وإن كان الاعتدال خمسة بخمسة سقطت دعوى حائز السادس؛ لأنها لا تشبه، وخير في تسليمه لمدعيه بيمينه وتحالفهما وتفاسخهما، وإن أشكل الأمر في قسمها ستة وأربعة قبل قول حائز الستة إن أقر الآخر أنه سلمه على وجه الملك، وإن قال: إيداعا تحالفا وتفاسخا.

وفيها: إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيبًا، فإن كان المعيب وجهه أو أكثره رد الجميع وابتدأ القسمة، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنًا، ثم يقتسمان المعيب، كان قسم قرعة أو تراض.

اللخمي: اختلف إن كان المعيب النصف هل له رد السالم؟ فلم يره ابن القاسم في مسألة الجاريتين يستحق نصف ما في يد أحدهما، وقال أشهب: له رد الجميع.

قُلتُ: كذا في غير نسخة، وهو مشكل باعتبار لفظه وعزوه؛ لأن الضمير في أيديهما يجب كونه عائدًا على المتبايعين، ويجب كون المراد بالنصف إحدى الجاريتين لا نصف كل واحدة منهما وإلا كان له ردهما اتفاقًا، ويجب كونهما متكافئتين، وإشكال عزوه أنه عزا لأشهب رد الجميع، والمعروف له أن ليس له رد الجميع في العبدين المتكافئين حسبما تقدم في كتاب الرد بالعيب، وكذا نقل ابن رُشْد عنه في أول مسألة في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق.

قال اللخمي: واختلف إن كان المعيب أيسر ما بيده، فقال ابن القاسم: يرجع بمنابه قيمة عينًا، وقال أشهب: يرجع شريكًا.

وقال محمد: إن استحق شيء مما بيد أحدهما انتقض القسم ولم يفرق بين كثير ولا قليل، وأرى إن كان قسم تراض فهو كما قال ابن القاسم، وإن كان قسم قرعة فالقول قول من طلب النقض وإن كان المعيب يسيرا؛ لأن ظهور العيب والاستحقاق بين أن القرعة وقعت على غير تعديل.

قُلتُ: ما ذكره عن محمد وما اختاره من التفرقة بين قسم القرعة والمراضاة مثله في

سماع يحيى.

قال: أخبر من أرضى أن عبد العزيز بن أبي سلمة الماجِشُون.

قال: من استحق بعض حظه في قسم القرعة أو وجد به عيبًا أعيد القسم، وإن كان قسم مراضاة جرى على ما يوجد معيبًا فيما يشترى؛ لأنهم تراضوا، فكأنما اشترى بعضهم من بعض.

ابن رُشْد: هذه التفرقة لعبد العزيز تأتي على القول أن القسمة تمييز حق لا بيع؛ لأنه إذا استحق بعض حظه أو وجد به عيبًا فليس ما بقي بيده مع ما يرجع به في الاستحقاق على حكم البيع من مشاركة صاحبه فيما بيده، أو الدنانير التي يأخذ منه في ذلك هو حقه الذي كان تميز له بالقسم؛ لأن الذي تميز له به أخذه بالقرعة، فإذا لزم الرجوع على صاحبه بقدر ما استحق من حظه فقد حصلت القرعة على ما لا يجوز القرعة عليه من الصنفين، وقول ابن القاسم وروايته في إيجاب الرجوع على حكم البيع هو قياس القول أن القسمة بيع، وإن كانت القسمة على التراضي فحكمها حكم البيع في كل حكم يطرأ على البيع من استحقاق وعيب وغيرهما، وسمع عيسى ابن القاسم: إن اقتسما عشرة أرؤس خمسة، خمسة فكان حظ أحدهما أجود من حظ صاحبه بدينار ونصف فغرمها له فوجد أحدهما بحظه رأسًا معيبًا إن لم يفت رقيق صاحبه، وكان المعيب من قيمة الأرؤس سدسها كان بينهما نصفين ورد من الدينار ونصف لصاحبه نصف سدسها وكان شريكًا في رقيق صاحبه بنصف سدسها، وإن فاتت تبعه بنصف قيمة سدسها وقاصه في نصف قيمة سدسها بنصف سدس الدينار ونصف، وكان المعيب بينهما؛ لأن الدينار والنصف قد أصاب كل رأس منها بقدر قيمته، فلما صار المعيب سدس قيمة الخمسة كان ما أصابه من الدينار ونصف سدسه، فكان للذي وجد العيب نصف السدس وللآخر نصف السدس، ولو كان المعيب وجه الخمسة التي معه، ولم تفت رقيق صاحبه انتقض قسم كلها، ولو فاتت ولو باختلاف سوق غرم قيمتها واقتسماها والرقيق.

ابن رُشْد: قوله: فكان حظ أحدهما أجود بدينار ونصف فغرمها غير صحيح؛

لأنه إنما يجب عليه غرمهما إذا كان حظ صاحبه أجود بثلاثة دنانير، وكذا قوله: إن كان المعيب سدس قيمة الأعبد التي هي حظه، أنه يكون بينهما نصفين ويكون شريكًا في رقيق صاحبه بنصف سدسها، ويرد من الدينار ونصف نصف سدسهما غلط؛ بل الواجب أن يرد إليه جميع سدس الدينار ونصف، أو يحاصه بذلك في سدس قيمة رقيقه إن فاتت، فيكون رد إليه قدر ما رجع به عليه، وبيان ذلك أن تكون الأرؤس خمسة عشر شاة أخذ أحدهما ستة قيمتها ستة دنانير، وأخذ الآخر تسع شياه قيمتها تسعة دنانير وأعطى صاحبه دينارًا ونصفًا نصف ما زاد ما أخذ على ما أخذ شريكه فاعتدلا بذلك، فإن وجده آخذ الدينار ونصف عيبًا بشاة مما أخذ قيمتها دينار، وما بيد شريكه لم يفت رد على شريكه المعيبة فكانت بينهما نصفين، ورد عليه سدس الدينار ونصف وكان شريكًا معه في التسع شياه نصف سدسها، فكان إذا فعل ذلك قد قبض كل واحد من صاحبه ما ينوب ما دفع إليه مما بيده؛ لأن الذي وجد المعيب أعطى صاحبه أربعة أسداس مثقال ونصف سدسه نصف الشاة بثلاثة أسداس وسدس الدينار ونصف بسدسين ونصف سدس، وأخذ من صاحبه نصف سدس التسع شياه، وقيمة ذلك أربعة أسداس ونصف سدس كما دفع؛ لأن قيمتها تسعة مثاقيل فنصف سدسها أربعة أسداس ونصف سدس ولو فاتت التسع شياه بيد قابضها وجب إذا رد عليه المعيبة، وكانت بينهما أن يرجع عليه بنصف سدس قيمة التسع وهو أربعة أسداس ونصف سدس بعد أن يدفع إليه سدس الدينار ونصف أو يقاصه به فيأخذ منه نصف دينار فقط كما دفع إليه؛ لأنه إنما دفع إليه نصف الشاة وقيمتها نصف دينار، وقوله: يكون شريكًا في رقيق صاحبه بنصف سدسها إن كان العبد المعيب سدس حظه، وإن كان وجهه انتقض القسم، هو أحد قوليها، والثاني فيها: أنه في اليسير يرجع بما نابه من حظ صاحبه دنانير وإن كان قائمًا، وفي الكثير يكون شريكًا وبما نابه ولا ينتقض القسم ففرق في كلا القولين بين الوجهين، وقال: في كل وجه منها قولين بلا خلاف في أنه لا ينتقض القسم في اليسير، ولا في أنه لا يرجع بقدره من الدنانير في الكثير ويرجع بمناب المعيب والمستحق من الدنانير في الفوت.

قُلتُ: نقلها الشَّيخ في النوادر بلفظ: أخذ كل واحد خمسة وأعطى أحدهما للآخر دينارًا ونصفًا فضله به بذلك إلى آخر المسألة، ولم يتعقبها.

وقال التونسي: جعلهم شركاء مع يسارة المردود بالعيب، وجعله يرد سدس الدينار ونصف، والواجب أن لا يرد إليه إلا العبد فقط بما يقابله من جملة ما بيد صاحبه، وإنما يرد سدس الدينار ونصف لو وجد الآخر عيبًا بأحد العبيد الذي بيده وهو سدس؛ لأن ثمنه منها سدس جميع ما بيد صاحبه فيرد حينئذ سدس الدينار ونصف، فتعقبها التونسي بغير ما تعقبها ابن راشد.

اللخمي: وإذا وجب الرجوع في عوض المعيب ففوته كالبيع في قسم التراضي، وفي قسم القرعة ثلاثة أقوال، قيل: كالتراضي، ولأشهب: ليست حوالة الأسواق ولا النماء ولا النقص فوتًا، فإن باع أو حبس أو دبر فقد فات وتجب قيمته يوم القسم بخلاف البيع؛ لأن المشتري ضامن والمقاسم غير ضامن لما قاسم.

ابن عبدوس: يدخل عليه ما ذكر في الموت، يقال له: فلو ذهبت يده بعد القسم، ثم أعتقه فأغرمته قيمته صحيحًا يوم القسم وهو مائة، وقيمته يوم العتق خمسون فقد ضمنته ما لم يكن في ضمانه، وقد كان التسليط موجودًا والضمان مرتفعًا.

قال: فأما سَحنون فضمنه القيمة يوم العتق، وقال: إن باع أحدهما واستحق بيد الآخر فالثمن بينهما، وإن كانت أمة أحبلها ضمن قيمتها يوم حملت، وقال أشهب: يوم قاسم.

قُلتُ: وفيها يوم القبض وعليه كلام لبعضهم يأتي.

اللخمي: وإن وهب أو حبس فعلى أصل سَحنون تجوز الهبة في حظه ويأخذ شريكه حظه من الموهوب له ويقاسمه إن انقسم، وإن أعتق ضمن حظ أخيه يوم قاسمه.

قال: وعلى أصل سَحنون يعتق حظه ويقوم عليه شريكه حظه يوم التقويم إن كان مليًا انتهى.

قوله: فاتفق أشهب وسَحنون فيما لم يخرج من اليد أن النماء والنقص غير فوت

وفيما خرج منها ولو بحبس في كونه فوتًا وقيمته يوم القسم أو يوم الفوت، ثالثها: لا يفوت وهو كمستحق، لأشهب: وأحد قولي سَحنون، وثانيهما: وعليه يرجع في عينه إن وهب أو تصدق، والاستكمال في العتق يوم الرجوع؛ لأن التسليط كان بالجبر إن دعا إليه صاحبه ففارق التسليط اختيارًا فللراجع أن يعتق أو يقوم على شريكه، بخلاف عتق أحد الشريكين أمة بينهما فإنه يمضي عتق جميعها؛ لأن الشريك عالم بالتزام القيمة، وهذا غير عالم أن معه شريكًا.

قُلتُ: هذا التفريق إنما هو راجع إلى حال المعتق، والخيار المذكور إنما هو راجع للمستحق غير المعتق، فإذا كان لا مقال له على المعتق على المشهور وهو غير مسلط بالقسم فأحرى إذا كان مسلطًا به، وإذا لزم عتق المعتق في غير القسم وهو متعد فأحرى في القسم الذي هو فيه غير متعد.

قال: فإن مات العبد بعد العتق وقبل رجوع الشريك لم يضمن حظ شريكه على أحد قولي سَحنون.

وفيها: إن اقتسما دورًا أو أرضين ورقيقًا أو عروضًا فوجد أحدهما ببعض حظه عيبًا، فإن كان وجهه أو أكثر نقض القسم إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو عدم أو بنا، فيرد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود وحوالة أسواق في الدور لغو.

ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم قبضه يقتسمانها مع المردود هو يوم بيعهم فصحيح، وإلا فانظر هل يقال: القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض، وتبقى الرواية على ظاهرها.

قُلتُ: هذا هو الصحيح، وعليه حمله الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني: إذا وهبت المرأة مهرها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع عليها بقيمة ذلك يوم قبضته، ولابن القاسم: يوم وهبته؛ لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله، وهنا يضمنه بذلك من هو بيده.

ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد قيمة نصفه، واختلاف أسواق ذلك عند مالك فوت في كل الأشياء سوى الدور.

الشَّيخ: قول ابن حبيب في فوت المعيب بحوالة الأسواق ليس بقول مالك، إنما ذلك في عوضه، والعوض في القسم جعله ابن حبيب كالبيوع، وقد اختلف فيه.

وفيها: لو بنى أحدهما في حظه أو هدم بعد القسم ثم وجد عيبًا، فذلك فوت يرجع بنصف قيمة المعيب ثمنًا على ما فسرنا.

سَحنون: لم يحملها ابن القاسم محمل البيع ولا القسم.

ابن عبدوس: كأنه يقول: ليس البناء فوتًا ويكون شريكًا به، فتكون الدار بينهما كصبغ المبتاع الثوب يكون به في الثوب لعيبه شريكًا، هذا محمل البيع، والقسم لا فوت فيه رجع فيه بكل حال فقبله الصقلي، وقال اللخمي: قول ابن القاسم أحسن، ليس الهدم والبناء كالصبغ، الهدم فوت كقطع الثوب تبابين وهرم الشاب، والبناء فوت ككبر الصغير، هذا إن كانت قاعة بناها أو كانت مما تعظم نفقته وتنتقل، وإن لم تكن قاعة والهدم أو البناء يسير فهو كالصبغ، واختلف بعد القول أن ليست القيمة يوم القسم، قيل: هي في الأرض يوم بنا كالقول في استكمال العتق يوم أعتق؛ لأنه كان بتسليط من المالك، ولابن عبدوس: عن سَحنون: يشاركه في قاعته بما بنى ثم يعملان في البناء على حديث حميد بن قيس، واحتج بالهدم، وعليه إن أعاد فيها نقضها فهو شريك بالتلفيق وحده، وإن زاد فيه كان شريكًا بالزائد والتلفيق، وإن انهدم ذلك وغصب النقض قبل الأخذ بالعيب لم يتبع أحدهما الآخر بشيء، وكانت الشركة في القاعة كالاستحقاق، وعلى القول الأول بعينه من الثاني وعليه قيمة حظ شريكه من القاعة والأنقاض، وإن هدم الشريك ولم يبن حتى قام شريكه رجع فيه مهدومًا، والهدم بخلاف البناء؛ لأنه إما أن يقال له أنه تسليط من الشريك فلا شيء عليه، والبناء بتسليط فوت، أو يقال أنه كالمستحق فلا شيء على من هدم ثم استحق كما لا يضمن لو تلف من يده، إنما يضمن بالهدم على القول أن القسمة بيع، وتكون القيمة يوم القسمة.

ولو اقتسما قمحًا فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رده قيمته أو مثله،

ثالثها: يكون شريكًا بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي، وحصة الآخر بينهما لها ولابن عبدوس عن أشهب وسَحنون.

الشَّيخ: في المجموعة: قيل: لو اقتسما خشبًا فعمل أحدهما بحظه بابًا قال: قال مالك: ليس النسج فوت في التفليس، وقال سَحنون: ليس الطحن بتفويت فكذا في الخشب.

واستحقاق شائع من المقسوم بعد قسمه قال ابن شاس: لا بغيره.

قُلتُ: لأن تساوي النقض من متعددات لا ينقلها عن تماثلها أو اختلافها، واستحقاق معين منه إن كان جميع حظ نقض قسمه، وفي بعضه اضطراب.

قال عياض: فيه وفي عيبه فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة اضطرب الشُيُوخ في تأويلها وتحقيقها، ردها بعضهم لمعروف قوله، وبعضهم لاختلاف قوله، وقال بعضهم: ما خالف مشهور قوله وهم، حتى قال محمد بن أحمد العُتْبِيّ في كتاب القسم منها أوراق خطأ علم عليها، وعزا بعضهم بعض أجوبتها لعبد الملك، وضعف بعضهم هذا بأن كتاب القسمة لم يدونه سَحنون ولا عمل فيه شيئًا، فهو على أصل أسئلة أسد وتتمة سَحنون، وزيادت إنما هي فيما دون منها.

عياض: وجدنا سَحنونا أصلح بعض مسائل المختلطة من الأسدية حسبما ذكرناه في الشفعة وغيرها.

قُلتُ: الإصلاح لا يستلزم الزيادة.

وفيها: إن اقتسما عبدين فأخذ كل منهما أحدهما فاستحق نصف عبد أحدهما رجع على صاحبه بربع عبده إن كان قائمًا، وإن فات رجع عليه بربع قيمته يوم قبضها لقول مالك: إن استحق اليسير من الأرض أو الدار رجع بقيمته من الثمن ولا ينتقض البيع.

قُلتُ: لعياض وغيره فيها كلام حاصله مناقضة قولها بعدم نقض قسمها بأصل قوله: استحقاق النصف كثير يوجب النقض، وأصل قوله: استحقاق اليسير من العبد يوجب لمبتاعه رد باقيه، أما الأول فقال عياض: أجاب بعض الشُيُوخ بأن المردود هنا الربع من جملة الصفقة وهو قليل، واستدلوا بقوله في احتجاجه في المسألة، فلما قاسم

صاحبه فأخذ كل واحد منهما إلى نصف عبده نصف عبد صاحبه، فاستحق من نصف عبد صاحبه ربعه لم يكن له أن يرد نصف صاحبه كله، ولكن يرجع بذلك الربع الذي استحق منه في العبد الذي صار لصاحبه إن لم يفت، كذا الرواية في جميع النسخ، فقوله: ربعه؛ يدل على أن الربع من الجملة قليل فلم يفسخ القسم، كما لا يفسخ البيع باستحقاق أحد الثوبين المتكافئين، وأجاب الشَّيخ عن الثاني فيما حكى الصقلي فقال: قسم العبدين بخلاف مبتاع عبد يرده باستحقاق أيسره لضرر الشركة من منع السفر وطء الأمة؛ لأنهما في قسمة العبدين لم يتبع أحدهما من الآخر عبدًا كاملًا فيكون ضرر الشركة بالاستحقاق حجة؛ لأنهما على ضرر الشركة كانا، ولو نقض القسم لرجعا إلى ضرر الشركة فصار كمبتاع عبدين متكافئين استحق أحدهما.

زاد التونسي: ولو نقض القسم صارت الشركة في المستحق بين ثلاثة فيكثر ضررها.

وأشار عياض لرد جواب الأول بقوله: قالوا: فقوله: من نصف صاحبه ربعه وهم، وصوابه من نصف صاحبه نصفه، وكذا ذكرها العُتْبِيّ والشَّيخ ابن لبابة وغيره، وبها تصح.

التونسي: ولابن حبيب في المسألة أنه يرجع بربع قيمة ما بيد صاحبه ولم يذكر فات أو لم يفت، وللخمي: قال أشهب: للمستحق ما بيده رد الباقي ليكون مع الآخر بينهما.

قُلتُ: زاد عنه ابن حارث: وله أن يتماسك أو يرجع بربع العبد.

اللخمي: وأرى له ذلك في قسم التراضي إن قال المستحق من يده: إنما أردت رفع ضرر الشركة.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة لها ولابن حبيب وأشهب واختيار اللخمي رابع.

الصقلي: عن بعض القرويين: حاصل طرو العيب والاستحقاق بعد القسم إن كان بربع فأقل رجع بحصته ثمنًا، وإن كان نحو النصف أو الثلث كان لحصته بحصتهم يكافئها بيد صاحبه، وإن كان فوق النصف انتقض القسم.

الصقلي: هذا حسن، ليس في الباب ما يخالفه إلا قولها في الدار: يأخذ أحدهما

ربعها، والآخر باقيها فيستحق نصف حظ أحدهما.

قال: يرجع بربع قيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال: بربع ما بيد صاحبه لاتحد قوله في الكتاب، ولعياض نحوه، قال: ذهب المشايخ القرويون: كل أقواله في هذه المسألة تفريق بين البيع والقسمة، فمذهبه المعلوم في البيع أن الثلث يرد منه والقسمة على ثلاث درجات، ثم ذكر ما ذكره الصقلي، وذكر نقض ذلك بمسألة الدار، وقال: وعلى الرواية الأخرى بكونه شريكًا بربع ما بيده يتم كلامهم، ولعلها روايتهم، لكن ينتقض قولهم بقولها إثر مسألة العبدين: لا ينتقض القسم إن كان ما استحق يسيرًا تافها لا ضرر فيه، وإن كان جل ما بيده انتقض القسم إلا أن يتأول أن النصف عنده بمعنى الجل.

قُلتُ: كونه بمعنى الجل بعيد، وأقرب منه أنهم قدموا مفهوم قوله أولا: يسيرًا تافهًا على مفهوم قوله ثانيًا: وإن كان جل ما بيده انتقض؛ لتقدم الأول وترجيح حمل الكلام الواحد على عدم التنافي وتقليله ما أمكن.

قُلتُ: ولابن حارث: عن أشهب في مسألة الدار: يستحق من يد آخذ الربع نصفه أن ذلك مضرٍا به ومضيقًا عليه فله نقض القسمة.

عياض: وقال ابن لبابة: اختلفت ألفاظه في ذلك لاختلاف أقواله وهي ثلاثة خلطت في المختلطة فأشكل أمرها وظهر أنها قول واحد مرة قال: ينتقض القسم من النصف ومما هو كثير؛ يريد: الثلث ونحوه على أصله في البيع، وقال مرة: يشركه بنصف الجزء المستحق فيما بيده، وإن كان أقل إلا أن يكون المستحق قليلًا، كقوله: إذا استحق نصف حظه رجع بقدر نصفه فيشارك به، وقوله: انظر أبدًا لما استحق إن كان كثيرًا رجع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه إن لم يفت، وإن كان تافهًا رجع بنصف قيمته ثمنًا ولا يكون شريكًا، وعلى مسألة العبدين إحدى الروايتين في مسألة الدار، ومرة قال: ينتقض من الجل لا من النصف، ويرجع بما يجب ثمنًا، وهذا على قوله في رواية الجماعة في مسألة الدار: أنه يرجع بقيمة ربع ما بيد صاحبه، وكذا تأويل ابن لبابة أن مذهبه في مسألة العشرين دارًا استحق منها دارًا، فقال: إن كان جل ما بيده ردت

القسمة، وإن كانت ليست كذلك ردها ورجع على شريكه بحصتها ثمنًا وتفريقه بينها وبين الدار المفردة في ردها من النصف.

عياض: وهذا عندي محتمل لو لم يكن بعده ما يفسره من قوله: فإن كانت عشرًا أو ثمنًا أو تسعًا فبين أنه يرجع عليه بالقيمة في اليسير، وإن كان الظاهر أولا يحتمل ما قاله، وزعم أنه لم يختلف قوله في الدور الكثيرة أنه لا ينتقض إلا من الجل، وإنما يرجع فيما دونه فيما يصيبه من الثمن وإن كان قائمًا، وقال آخرون: مذهبه في الكتاب أن القسمة لا تنتقض إلا باستحقاق جل النصيب أو ما فيه الضرر، وإليه نحا ابن أبي زيد وابن أبي زَمَنَيْن بخلافه مذهبه في البيع، وتأولوا ما خالف هذا الأصل أن القسم خلاف البيوع في استحقاق نصف الدار ونصف العبد، إذ إلى ضرر الشركة يرجعان إن فسخ القسم، وأن مسألة الغنم وهي إذا وقع لأحدهما خمسة بالقيمة فاستحقت شاة منها، فإن كانت نصف ما بيده رجع بربع ما بيد أخيه إن لم يتغير، وإن تغير رجع بربع قيمة ذلك، إنما أرجعه في غنم صاحبه؛ لأنها تحتمل القسم بلا ضرر فصارت كمكيل، وهذا على روايته، فإن كانت نصف ما بيده رجع بربع ما بيد أخيه، وعليها اختصر، وكذا في نسخ، وهي رواية وهب بن ميسرة، والذي في روايتنا وأصل شُيُوخنا: فإن كانت خمس ما بيده رجع بنصف قيمة خمس ما في يديه، وكذا لابن عتاب وابن المرابط واختصار بن أبي زَمَنَيْن ورواية يحيى بن عمر، وهي على أصل مشهور المذهب، وقوله في مسألة العشرين من الدور: إن استحق أكثرها ثمنا فسخ قسمها، وإن لم تكن كذلك ردها وحدها ورجع على شريكه بحصتها من نصيبه، ثم فرق بينها وبين الدار الواحدة بأن الدار الواحدة كالعبد يستحق نصفه له رد جميعه، والدور الكثيرة تحمل محمل البيع إن استحق بعضها، ظاهره أن استحقاق النصف فيها لا ينقض قسمها لقوله هذا ولقوله أولا: أكثرها ثمنًا.

قال بعضهم: جعل الدار هنا كالعبد، وفي بعض الروايات بأثرها: إلا أن يكون ما استحق من الدار لا مضرة فيه على ما بقي فيكون كالدور، وليست هذه الزيادة في روايتنا عن ابن عتاب ولم تكن في كتابه، وثبت في رواية ابن المرابط للدباغ وفي كتاب

ابن سهل لابن لبابة، وسقطت من رواية ابن وضاح وابن باز، فإن رددنا هذا الاستثناء على مسألة النصف روعي فيه في الدار الواحدة الضرر، والأشبه أنها راجعة إلى أصل المسألة كلها في مراعاة ضرر الدار الواحدة على ما في الشفعة وما بعد هذا، وفرق بعضهم بين الدار والدارين في رعي الضرر في النصف، والرد به وبين الدور الكثيرة فلم يراع في الدور الكثيرة إلا الجل، وقال: إنه مذهب الكتاب، وقاله ابن لبابة، وسوى بعضهم بين الدار والدور في اختلاف قوله، وهو ظاهر قول ابن أبي زَمَنَيْن.

قُلتُ: للمتيطي: عن ابن أبي زَمَنَيْن: ليس استحقاق نصف الدار المقسومة عند ابن القاسم بضرر ينقض القسم بخلاف المبيعة، وقال أبو عمران في استحقاق اليسير: في الكثير قولان أكثر قوليه أنه يرجع بقيمة ما يقابله مما بيد صاحبه، ومرة رآه شريكًا بذلك، وأخذه من مسألة العبدين ومسألة الغنم في رواية يحيى بن عمر، فلا خلاف إن استحقق الجل والأكثر أنه يرد بقيمته، إنما اضطربوا فيما استحق من الدار الواحدة أو الدور ما فيه ضرر وليس بالجل، وقوله: فإن كان المستحق كثيرًا أخذ قيمة نصف عشر ما بيد صاحبه، وأصل قوله أنه يرجع بقيمة نصف مثل ذلك الجزء المستحق؛ بل المستحق منه مما بيد صاحبه لا بنصف قيمة الجزء من نصيبه، إذ قد تكون مقاسمتها على مراضاة ومغابنة.

قُلتُ: إنما ذكر هذا في المدَوَّنة في قسم القرعة، وأما قسم المراضاة فحكمه كالبيع، وقد تقدم لابن رُشْد: لا خلاف في أن قسم التراضي كالبيع.

ابن حارث: إن استحق الأكثر وفات باقيه ببناء ففي نقضه القسم ورد المستحق منه ما بقي بيده، وعدم نقضه فيرجع فيما بيد صاحبه شريكًا بنصف ما استحق من يده قولا ابن القاسم وأشهب.

قُلتُ: إيجاز تحصيل ذلك إن استحق كل الحظ انتقض قسمه، وفي نقضه باستحقاق جله ورجوعه في حظ شريكه بقدر حظه فيما استحق، ثالثها: إن فات ما بقي بيد المستحق منه ببناء ونحوه، ورابعها: المستحق من يده مخير فيهما لسماع عيسى ابن القاسم مع اللخمي عن محمد، ونصها: ونقل البيان أحد قوليها في العيب مع المتيطي

عن ابن القاسم وابن حارث عن أشهب، وعنه أيضًا.

وفي نقضه باستحقاق نصفه ثالثها: إن اتحد الحظ ولم يتعدد كعبد أو دار لا كالدور، ورابعها: هذا إلا أن يضر المستحق بباقي الدار، وخامسها: هذا كالدار والداران، لعياض عن المتأخرين، وعزا ابن أبي زَمَنَيْن الثاني لابن القاسم، وعلى عدم النقض في رجوعه بنصف ما استحق في حظ شريكه إن لم يفت أو بربع قيمتها ولو لم يفت نصها.

ونقل التونسي على ابن حبيب: وفي نقضه باستحقاق ثلثه ورجوعه شريكًا.

نقل عياض قول ابن لبابة: هو أحد أقوالها قائلًا: لم يختلف قولها أنه لا ينتقض في الدور إلا بالجل، ويرجع فيما دونه فيما بيد صاحبه ثمنًا ولو كان قائمًا، وتفسيرها: بعض القرويين: وفي نقضه بما دون ذلك سماع يحيى من يثق به عن ابن الماجِشُون أو أبيه، والمعروف وفوت ما بيد غير المستحق منه كما مر في العيب.

عياض: عن ابن أبي زَمَنَيْن: جعل ابن القاسم البيع والهدم فوتًا في المقسوم، ومرة لم يجعله فوتًا، والأشبه بأصولهم الأول.

الشَّيخ: عن ابن عبدوس: غرم أحدهما بموت ما بيده نصف قيمته لمن استحق عبده.

قال سَحنون: هو خلاف أصل مالك وابن القاسم بخلاف البيع؛ لأنه لو طرأ دين لم يضمن من مات عبده قيمته.

ابن عبدوس: ولأنه لو طرأ دين بعد غرم من مات عبده نصف قيمته لمن استحق عبد، فإن دفعه في الدين لزم تضمينه الدين، وإلا لزم الإرث قبل ذلك الدين، وإن أسقطت بهذا الدين رجوع الأخ على أخيه فهو أشفع، ولو كان القسم بيعًا لكان لمستحق العبد إجازة البيع في نصفه وأخذ نصفه الآخر، وإن وجد عبده قد مات كان له أخذ نصف الآخر؛ لأنه ثمن نصف عبده، وكله قول أشهب وسَحنون، ثم اختلفا فيما أحدث عنهما بفعلهما، فذكر عنهما ما تقدم للخمي عنهما: إذا باع أحدهما عبده أو أعتق أو وهب، ويرجع المستحق من يده في عبد الآخر وغلته.

قُلتُ: كالمطلقة قبل البناء تغتل عبدا أصدقها، فسكت ثم قال: قد اختلف فيه ابن

عبدوس، وغلة المستحق إن كان أبرهما غير غاصب للمستحق من يده إن لم يرجع على أخيه في عبده وإلا فبينهما.

اللخمي: هذا على أن قسم القرعة تمييز حق، وعلى أنها بيع كقسم التراضي لكل منهما ما اغتله، وسمع القرينان: إن قسم ثلاثة بنين ثلاثة أعبد ورثوها بالسوية فتوفي عبد أحدهم واستحق عبد آخر فلا شيء على من مات عبده، ويكون للمستحق من يده ثلث العبد الباقي، وباقيه لمن هو بيده.

قال ابن رُشْد: في سماعها سَحنون من ابن القاسم في الاستحقاق معناها أن القسم بالقرعة؛ لأنه المختلف فيه هل هو تمييز أو بيع؟

وفيها على أنه تمييز ثلاثة أقوال: قول ابن القاسم هذا، وقاله مالك في سماع يحيى من كتاب القسم ضمان كل حظه إن مات أو تلف بغير سببه ومضى القسم فيه بينه وبين من قاسمه لتمييزه له بالقسم، وينتقض القسم بين المستحق منه وبين من بقي حظه بيده فيرجع عليه بثلثه؛ لأنه باع منه ثلثه بثلث المستحق، فإن أخذ له ثمنًا فله ثلثاه، فثلثه لمن بقي عبده بيده إن وجده بيد المعطي، ويقوم حظه منه على المعتق إن كان موسرًا ويخير في البيع بين أن يرجع في عينه إن وجده بيد المعطي، ويقوم حظه منه على المعتق إن كان موسرًا، ويخير في البيع بين أن يرجع في عينه أو الثمن من البائع، قولا أشهب وسَحنون، والقول الثاني: نقض القسم بين المستحق منه وكل واحد من شريكيه لا فيما بينهما فيكون ثلث التالف من المستحق منه وثلثاه ممن تلف بيده ولا شيء له على من بقي عبده؛ لأن القسم بينهما لم ينتقض وللمستحق منه ثلث العبد الباقي؛ لأنتقاض القسم بينه وبين من بقي عبده بيده، فإن قبض للعبد المستحق ثمن كان بينهم أثلاثًا حكى هذا القول ابن عبدوس ولم يعزه، والقول الثالث نقضه بين جميعهم فيكون التالف بينهم والباقي بينهم، قاله ابن الماجِشُون أو أبوه عبد العزيز على اختلاف رواية سماع يحيى من كتاب القسمة، وكذا على هذا القول لو استحق يسير من حظ أحدهم أو وجد به عيب انتقض بين جميعهم، وأما على أن القسم بيع فلا خلاف في رجوع المستحق منه على من العبد بيده بثلثه، وعلى من مات عبده بثلث قيمته يوم القسم، وإن قبض للمستحق ثمن

فهو بينهم أثلاثًا، وعليه إن استحق أكثر حظ أحدهم ففي نقض القسم فيرد ما بقي بيده، ويرجع فيما بيد أشراكه إن كان قائمًا وبقيمته إن فات ومضيه فيرجع بقدر ما استحق من يده فيما بأيديهم إن كان قائمًا وبقيمته إن فات قولان، وإن استحق أيسره لم ينتقض، وفيما يرجع به خلاف في المدَوَّنة تقدم، وكذا اختلف في قسم التراضي بالتعديل والتقويم دون قرعة، هل هو بيع أو تمييز؟ وقسم التراضي دون تعديل بيع اتفاقًا، والأظهر أن قسم القرعة تمييز وقسم التراضي بيع.

قُلتُ: ذكره الخلاف في قسمة التعديل والتقويم هل هو تمييز أو بيع خلاف ظاهر ما تقدم للباجي في قسم الصيحاني والعجوة والخرص، وهو قوله: وعندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة؛ لأنها تمييز حق، فلو لم يكن التمييز خاصًا بالقرعة لما صح استدلاله به عليها.

ابن الحاجب: إن استحق بعض معين فقال ابن القاسم: كالعيب، وقال مالك: إلا أن يكون كثيرًا ولم يفت الباقي فله أن يكون شريكًا لصاحبه بقدر نصف ذلك مما في يده ففسره ابن عبد السلام بتخييره في نقضه وتمسكه بما في يده، وظاهر قول أشهب أنه لا ينتقض القسم باستحقاق بعض نصيب أحدهما ولو كان كثيرًا.

قُلتُ: ما فسره به هو نقل ابن شاس عن مالك، ولا أعرفه لغيره، وإنما هو موجود لمالك في البيع لا في القسم في المدَوَّنة من كتاب القسم قال مالك: إن استحق وجه الدار والقدر منها خير المشتري إن أحب حبس ما بقي بيده منه، ورجع في الثمن بقدر ما استحق، وإن أحب رد ما بقي بيده وأخذ الثمن كله، وما ذكره عن أشهب لا أعرفه له، إلا ما ذكره ابن حارث عنه: بقيد فوت باقيه ببناء حسبما تقدم مع نقله عنه التخيير في نقضه إن لم يفت، وضد الاستحقاق وجود زيادة مجهولة.

سمع عيسى ابن القاسم: إن وجد أحد مقتسمي دار بحظه جبًا أو لبنًا فللآخر معاودة القسمة إن لم يفت، فإن فات ببناء فعليه نصف قيمته كبيوت وجدها أسفل بيوت لم تعلم.

ابن رُشْد: هذا خلاف نص سَحنون وقول ابن حبيب وابن دينار، واختلف فيه

قول ابن القاسم حسبما ذكرنا في سماعه عيسى من الأقضية، ولابن رُشْد في نوازل سَحنون آخر جامع البيوع: وكذا لو وجد أحد الورثة في حظه صخرًا أو عمدًا أو رخامًا، والخلاف إنما هو فيما لم يعلم صاحبه، وما علم أنه للبائع أو لمن ورثه المقتسمون عنه فهو للبائع وللورثة اتفاقًا، وكذا إن ثبت أن البئر أو الجب أو البيت الموجود تحت الأرض من عمل البائع أو الموروث عنه، وطرو دين على قسم ورثة جهلوه والمقسوم غير مثلي في نقضه لحق الله لزومًا أو للدين فينقض ما لم يجتمعوا على أدائه، ثالثها: ينقض إلا في حظ من أدى منابه منه وتحمل حظه مما هلك، ورابعها: لا ينقض، وخامسها: هذا في حق من تلف كل حظه بسماوي فلا يتبع بدين، ولا حق له فيما فضل عنه للبيان عن رواية أشهب ومشهور قول ابن القاسم المنصوص له فيها، واضطرب قوله في ذلك، وابن حبيب وسَحنون مع أشهب وغيرهما، وعزا هذا في مقدماته لأشهب، وكذا الشَّيخ في نوادره في البيان مثال قول ابن حبيب: من هلك عن أربعة بنين وثمان بقرات، قيمة كل واحد عشرة دنانير، فأخذ كل ابن بقرتين وماتت إحدى بقرتي أحدهم، وطرأ دين هو عشرة دنانير فيجب على قوله نقض قسمهم، وبيع بقرة للدين وقسم الستة الباقية بينهم، ولمن شاء منهم دفع منابه من الدين وهو ديناران ونصف، مع حمله نوبه من قيمة البقرة التي ماتت وهو ديناران ونصف فيغرم خمسة دنانير نصفها للدين ونصفها لبقية الورثة يقتسمونه مع الخمس بقرات.

قال: وعلى قول ابن القاسم ينقض القسم إلا أن يتفقوا على أداء الدين من أموالهم.

قُلتُ: وفيها إن تطوع أحدهم بأدائه من ماله لاغتباطه بحظه فلا ينتقض، وللخمي عن المذهب: لمن رضي بدفع منابه من الدين بقي قسم حظه إن استغرق الدين التركة وإلا فلا.

قُلتُ: لأنتفاء حق من سواه في قسم حظه، وعلى الرابع في فض الدين على ما بأيديهم من الحصص إن اعترق نصف التركة قيمة ما بيد كل منهم يوم الحكم، أو يوم الأجزاء التي قسموا عليها نقلًا المقدمات عن سَحنون وأحد قولي أشهب قائلًا: ما

كانت قائمة.

اللخمي: قال أشهب وسَحنون: القسمة جائزة إن كان المقسوم موجودًا، ويفض الدين على ما بأيديهم بالحصص إن اغترق نصف التركة وبيد أحدهما ثلثاها، وبيد الآخر ثلثها ببيع حظ نصف كل منهما، إلا أن يضر ذلك الغريم لقلة الرغبة في شراء البعض، أو لكون حظ أحدهم أحظى ثمنًا فينقض القسم، وعلى قوله: إن بنى أحدهم وقيمة حظه مائة فصارت مائتين بيع من حظه ربعه؛ لأنه نصفه قبل بنائه إلا أن يدفع نصف قيمة ذلك يوم القسم، وقيل: يوم البناء؛ لأنه فوت.

قُلتُ: ما نقله عن أشهب وسَحنون في كيفية الفض خلاف نقل المقدمات عنهما، وهذا هو الصواب لنقل الشَّيخ عن سَحنون في المجموعة: لا يفض على قدر المواريث؛ بل على قدر قيمة ما بيد كل وارث يوم البيع للدين، وإن كان في البيع من كل حظ على ذي الدين ضرر لطوله أو لأن ما بيد أحدهم أحظى ثمنًا بيع ما هو أنجز له، ويرجع من بيع حظه على إخوته بقدر منابهم من الدين يوم قضاه.

وفيها: لا يضمن الورثة ما تلف بسماوي ويضمنون ما ذهب بانتفاعهم.

ابن رُشْد: اتفاقًا فيهما، وفي سماع يحيى ابن القاسم: لا ضمان عليهم إلا ما استهلكوه وما اشتروه على حال البيع لا على الاقتسام، لهم نماؤه ومنهم ضمانه يغرمون ثمنه.

ابن رُشْد: اتفاقًا، كبيع ذلك من غيرهم وأخذهم ثمنه.

وفي ضمانهم بإحداثهم كالبيع والهبة والصدقة والعتق قولا ابن حبيب وسَحنون مع أشهب، فعلى الأول: يؤدون ولا يرجعون على المعطي بشيء، وعلى الثاني: يرجع ذو الدين على المعطي ولا يتبع المشتري بشيء، إلا أن تكون فيه محاباة فهي كالهبة.

وفيها ما يدل على القولين.

قُلتُ: فيها ما باعه الوارث فعليه ثمنه لا قيمته.

قال: وما ادعوا تلفه مما لا يغاب عليه صدقوا فيه بأيمانهم.

قُلتُ: ما لم يقم دليل بكذبهم حسبما مر في الخيار.

قال: بخلاف العروض التي يغاب عليها في البيان إلا أن تقوم على تلفها بينة.

وفي ضمانهم العين والمكيل والموزون إن قامت بتلفه بينة، ثالثها: في العين فقط لسماع يحيى بن القاسم وسماعه أَصْبَغ في كتاب النكاح، وقوله قلت: عزا اللخمي الأول لأشهب قائلًا: هو أصله في العواري، والثاني: لابن القاسم دون اختلاف في قوله، ثم قال: إن اغترق الدين التركة وهلك حظ أحدهم لم يضمنه ولو كان قسم تراض؛ لأن مقال الغريم معه بنقض القسم وهو كاستحقاق فلا يضمن له شيئًا، ولا الأخ لأخيه؛ لأنه لا يرث إلا بعد الدين، فلو رجع على أخيه بقيمة نصف ما قبضه إن كان قسم تراض أخذه منه الغريم، وكذا إن اغترق الدين كل الحاضر وبعض الهالك، وإن اغترق بعض الحاضر في قسم القرعة، فقيل: لا يرجع من استحق ذلك منه ولا يرجع عليه؛ لأن القسم تمييز حق كما لو قضى الدين أجنبي وهو أحسن، وقيل: يرجع عليه ولا يرجع، وقيل: هي بيع يرجع ولا يرجع عليه، وإن كان قسم تراض رجع ولم يرجع عليه.

التونسي: فيها ما ظاهره إن مات ما بيد أحدهم كان له الدخول على الورثة فيما فضل لهم عن الدين، وقد يقال: لا دخول له عليهم؛ لأنهم يقولون: نودي الذين دونك، وعليه إن بقي بيده من العبد شيء دخلوا عليه فيه كثلاثة إخوة أخذ كل منهم بالقسم عبدًا قيمته مائة فنقص عبد أحدهم خمسين وطرأ دين مائتين فنقص عبد أحدهم لا يضمنه ولا يرجع به إن انتقض القسم فيفض الدين على ما بأيديهم أخماسًا يغرم من لم ينقص عبده ثمانين ثمانين، ومن نقص عبده أربعين، وكذا فسره ابن عبدوس: إن جنى على عبد أحدهم فأخذ فيه خمسين وعبد كل منهم يساوي مائة.

قُلتُ: ما عزاه لظاهرها هو قولها.

قال مالك: ما مات بأيديهم أو هلك بأمر من الله تعالى من عرض أو غيره ضمانه من جميعهم لا ممن كان بيده، ابن القاسم: لأن القسم كان بينهم باطلًا، وهذا إنما يتم على رواية أشهب بوجوب النقض لحق الله تعالى، فقول ابن القاسم هذا إن قاله مفسرًا به قول مالك غيره أخذ به لم يكن منه اضطرابًا، وكان قول مالك هذا كرواية أشهب

عنه، وإن قاله ابن القاسم آخذًا به وهو ظاهر قوله كان خلاف معروف قوله: فكان اضطرابًا، ولعله الذي أشار إليه في البيان والمقدمات بكونه اضطرب فيه قوله وإن كان لم يبينه.

وفيها لمالك: إن أقر أحدهم بدين حلف المقر له وأخذ منه.

قُلتُ: لعله أقر لنفعه بإبطال القسم.

قال: لم أسمع فيه من مالك شيئًا، وأرى إن أدوا الدين بعد قسمهم ونفذ قسمهم وإلا نقض، فإن أدوا وأبى المقر إلا النقض بيع عليهم حظه في الدين ولم ينقض.

التونسي: في قبول شهادته نظر لتهمته، وهي صحيحة على قول سَحنون بعدم نقض القسم، والأخذ من كل وارث على قدر ما بقي بيده كأنه لم يرث غيره، ورجح اللخمي قول أشهب: يباع من كل حظ ولو كان عبدًا بمنابه من الدين، ولا ينقض القسم، ولو غاب من سوى المقر بطلت شهادته لتهمته على نقض القسم ببيع حظه في الدين ليرجع على غيره في حظه.

وفي المقدمات: في قول ابن القاسم نظر؛ لأنه إذا اتهم وجب أن لا تجوز شهادته، وهو قول أشهب.

قُلتُ: ظاهره أن أشهب يبطل شهادته مطلقًا لا بقيد غيبته من سوى المقر خلاف ما تقدم للخمي.

قال: إن كانت التركة عينًا أخذ جميعها من أيديهم، وإن اغترق بعضها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل منابه، وإن أعسر بعضهم أو غاب أو كان ملدًا أخذ جميعه من الحاضر الموسر، ومن غير الملد واتبع المأخوذ منه أصحابه.

ابن رُشْد: إن وجد ما قسموه بأيديهم لم ينتقض قسمه من المكيل والموزون.

اللخمي: إن كان المقسوم ديارًا وعينًا وفيها وفاء الدين قضى منها ومضى قسم الديار، لا قول لمن أراد نقضه.

قُلتُ: فيه على رواية أشهب أن النقض لحق الله بالنهي عن الإرث قبل الدين نظر، قال: وإن كان عينًا وعروضًا وديارًا قضى من الأولين ومضى قسم الديار.

وفيها: إن طرأ دين وقد جنى على بعض الرقيق تبع جميعهم الجاني؛ لأنتقاض قسمهم.

أشهب: هذا إن أخذ الدين من جميعهم، ولو غرمه أحدهم تبع من صار له ذلك العبد بحظه فيه والجاني بقدر حظه في الجناية.

الصقلي: مثل قسم ثلاثة بنين ثلاثة أعبد، قيمة كل عبد مائة دينار قتل أحدهم ثم طرأ دين هو مائة دينار إن بيع فيه أحد العبدين رجع من كان بيده على الباقي عبده بثلث العبد وعلى الجاني بثلث قيمة المجني عليه، ورجع عليه ذو العبد المجني عليه بثلثي قيمته، ولو أخذ الدين من كل واحد من الأخوين رجعوا كلهم على الجاني أثلاثًا.

قال ابن عبدوس: هذا القول كأنه جعل الدين كالاستحقاق، وقول سَحنون: أخذ الدين مما بيد الورثة، ولا يتبعوا المجني على عبده بشيءٍ؛ ولكن على الجاني بحصة ما يلحق قيمة العبد المجني عليه إذا فض على كل ما بأيديهم، ويتبع المجني على عبده الجاني بما بقي مثل أن يكون قيمة العبد المقتول يوم القتل خمسين وقيمة كل عبد للأخوين مائة، والدين مائتان، فبيع العبدان للدين؛ فإنه يأخذ الأخوان من الجاني أربعين وأخوهما عشرة، ولو كان كالاستحقاق لرجعوا فيه أثلاثًا.

وفيها: إن طرأ وارث والمقسوم مثلي تبع كل وارث بقدر حظه في حظه، ولو أعسر بعضهم أو غاب ففي كونه كذلك ورجوعه فيما بيد الموسر الحاضر كأنه كل المتروك ولا وارث غيرهما، ثالثها: هذا إن كانوا عالمين بالطارئ لها مع الصقلي عن أَصْبَغ واللخمي عن ابن عبد الحكم مع أشهب، وعن ظاهر قول عبد الملك قال: وأصل ابن القاسم منع الشريك قسم العين دون شريكه، وأمضاه هنا للجهل به، وأصل أشهب الجواز وناقض كل منهما أصله وقال بقول صاحبه في قبض وصي الأصاغر ثمن دار بينهم وبين أكابر، فقول ابن القاسم فيه: لا زكاة في حظ الأصاغر إلا لحول من يوم قسمه بينهم وبين الكبار بناء على منع قسم الشريك في العين على شريكه الغائب، وقول أشهب بإيجابها فيه لحول من يوم قبضه الوصي بناءً على صحة قسمه لهم على الكبار.

قُلتُ: يحتمل كون قوليهما إنما هما بناءً على مضي قسم الظالم في المثلي، ولغوه لا على

جواز القسم على الشريك الغائب ومنعه، فلم يناقضا عليهما في الزكاة بمنع القسم على الشريك الغائب وجوازه فتأمله، وجعله قول عبد الملك بالفرق بين علمهما بالطارئ وجهلهما إياه خلاف قولي ابن القاسم وأشهب مناف لقوله عن ابن القاسم: أمضاه هنا للجهل بالطارئ.

قال: وهذا بخلاف طرو غريم على غيره؛ لأن قضاء الورثة الغرماء وقسمتهم عليهم كالقاضي، وليس كذلك قسم الورثة فيما بينهم، ولو كان المتروك مكيلًا أو موزونًا ففي صحة قسمهم إياه كالعين قولان.

قُلتُ: ما فرق فيه به بين من طرو الوارث على آخر، والغريم على آخر بكون قسم الورثة على الغرماء كالقاضي يوجب تسويتهما، لو كان قسم الورثة بينهم بحكم قاض.

وذكر التونسي الثاني ولم يعزه، قال: وعليه ما في الموازيَّة إن طرأت زوجة على أخرى وإن بعد قسمها على انفرادهما بالإرث والزوجة معسرة، فحظ الابن بينه وبين الطارئة على خمسة عشر لها سهم وما بقي للابن؛ لأنها مجموع نصف ثمنها وسبعة أثمان حظ الابن معها، وعلى الأول لا ترجع على الابن بشيءٍ بل على صاحبتها متى أيسرت؛ لأن الابن ليس بيده إلا حظه فقط.

قُلتُ: هذا إن كانا غير عالمين بالطارئة وإلا جرت على قسم الظالم.

زاد الصقلي: لو قالت الطارئة: صار إلي ميراثي كان كقولها: تركت لكما حظي؛ ينقض القسم ويقتسمان على خمسة عشر للزوجة سهم وللابن أربعة عشر، فذلك مع حظ الطارئة ستة عشر، وهو قسم العدل لو حضرت.

وفيها: إن كان المتروك دورًا نقض القسم جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة.

اللخمي: إن كان دارًا واحدة اقتسماها نصفين، خير الطارئ في إمضاء القسم فيكون شريكًا لكل أخ بثلث ما بيده أو يرد القسم ليجمع نصيبه، وإن كان دارين أخذ كل منهما دارًا فإنما للطارئ الرجوع على كل أخ بثلث الدار التي بيده ولا يرد قسمها؛ لأنه لو أدركهما قبل القسم لم يكن له سوى ثلث كل دار، فإن حملتا القسم قسمتا واحدة

ثلث كل دار وإلا بيعتا إن دعي للبائع وأبى بالشفعة، وإن كانت قسمته بالقرعة فلا شفعة له على أن القرعة تمييز حق وإن كان تزامنًا جرت على الروايتين في الشفعة في المناقلة، وإن كان المتروك دارًا للأمة أحد كل منهما دارًا.

وبقيت ثالثة لا تدخل في القسم معهما؛ لأنها أشرف أو أدنى فكما تقدم في الدارين فيكون شريكًا بثلث كل دار، وإن كانت الثالثة متقاربة للدارين اللتين اقتسماهما أقرع على الديار الثلاث، فإن خرجت الدار الثالثة للطارئ مضى قسم الدارين، وإن خرجت له إحدى الدارين المقسومتين انتقض قسمهما، وإن كان الحاضران اقتسما الديار الثلاثة أخذ كل أخ دارًا ونصفًا، فإن كانت الدار المقسومة نصفين مباينة للباقيتين مضى قسم الدارين، وللطارئ ثلث كل واحدة ونقض قسم الثالثة إن حملت القسم على ثلاث قسمت وإلا بيعت إن طلبه أحدهم، وإن كانت مقاربة لهما ضرب بالسهم على الثلاث، فإن خرجت المقسومة نصفين للطارئ مضى قسم الدارين، وإن خرجت له إحداهما فالآخران بالخيار في الباقيتين إن شاء أمضيا قسم المقسومة وتكون الأخرى التي كانت لأحدهما بينهما نصفين، وإن شاءا نقضا القسم الأول واقترعا عليهما، وحكم التركة عروضًا على هذا إن كانت تقسم أو لا تقسم.

قُلتُ: قوله: والمتروك دار واحدة للطارئ نقض القسم وإمضاؤه بشركته كلا منهما بثلث ما بيده، خلاف متقدم ظاهرها أو نصها.

وفي إلزامه شركته كلا من أخويه فيما صار لكل منهما ضرر عليهما.

قوله: والمتروك دار إلخ يرد قوله فيه بإمضاء القسم على الطارئ، وهما يحملان القسم بأنه ضرر عليه لتفريق حظه في الدارين، وإذا نقض قسمهما قد يطير له حظه في دار واحدة وما بناه بعد هذا على هذا يرد بما رد به هذا فتأمله.

وفيها: مع غيرها طرو موصى له بجزء على الورثة كطرو وارث عليهم، إن كانت التركة عينًا أو عرضًا تبع كل وارث بحقه لا الملي كالمعدم، وإن كانت دورًا نقض القسم.

التونسي: جعله ابن حبيب كطرو الغريم عليهم في نقض القسم والضمان.

الصقلي: عن أبي عمران عن القابسي: لو قسم ثلاث بنين ثلاث مائة دينار فطرأ موصى له بالثلث ووجد ابنين أتلفا ما بأيديهما وما بيد الثالث باق فذو الوصية أحق بالمائة التي بيده منه.

قال: وقاله محمد وغيره، انظر كأنه رأى أن التركة إن كانت عينًا صار كموصى بتسمية بخلاف الغرض.

قُلتُ: حاصله كنقل ابن رُشْد عن ابن حبيب، وصرح اللخمي بأن قول ابن حبيب مثل قول محمد، وعزا الأول لابن ميسر ومالك، قال: وعلى قول أشهب وابن عبد الحكم: يقاسم الموصى جميع ما بيده ثم يرجعان جميعا على الوارث، وجعل قول محمد ثالثًا، ووجهه بظاهر قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: 11] قال عنه: لو أوصى لثلاثة بمائة واحدة لكل واحد، والثلث مائتان وخمسون فأخذ الحاضران مائتين والورثة خمسين ثم طرأ ثالث؛ فالواجب له ثلاثة وثمانون وثلث يتبع كلًا من الموصى لهما ستة عشر وثلثين لا يأخذ مليهما عن معدمهما، ويأخذ الوارث الملي بكل ما أخذ من الخمسين ويتبعان معًا باقي الورثة.

وفيها: طرو موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث كطرو الدين.

التونسي: إن طرأ موصى له بألف على ورثة فظاهر الموازيَّة أنه كالدين يأخذ من الوارث ما بيده، والأشبه أن يأخذ منه الأقل من ثلث ما بيده أو من الألف.

اللخمي: إن طرأ ذو وصية بمعين عبد أو غيره أخذه أو محمل الثلث منه من وارثه، ورجع وارثه على بقية الورثة كاستحقاقه منه، فإن وجده بيع فكبيع مستحق، وإن هلك بيد الوارث بسماوي وصار له بقسم قرعة لم يتبع بشيء، وإن صار له بتراض بوجه مبايعة فله إمضاء بيعه وأخذ ثمنه من البائعين ويسقط منه حظ وارثه لمشتريه.

قال: وإن طرأ ذو وصية بعبد أو دار غير معينين شرك الورثة بالخارج من تسمية ذلك من متروك الميت يوم التنفيد من عدد ذلك، فإن ترك ثلاثة أعبد أو ثلاثة ديار تعتدل في القسم فله نقض قسم الورثة ويأخذ ما يصير له في قسمتهم ثانيًا، وإن لم تعتدل في القسم لم ينقض القسم وشركهم في كل عبدٍ أو دار بقدر حظه، وكذا إن كانت

وصية بجزء عبد أو دار.

قُلتُ: قوله: إن لم تعتدل لم ينتقض القسم وشركهم في كل عبدٍ أو دارٍ، يرد بما تقدم من ضرره بتفريق حظه في كل عبد أو دار ونقضه يجمع له حظه في واحدٍ منها أو اثنين.

قال: ومن أخذ عبدًا موصى له بعينه ثم طرأ آخر بآخر بعينه، فإن حملهما الثلث أخذ الطارئ عبده ممن هو بيده من وارث كاستحقاقه، وإن لم يحملهما أخذ منه محمل الثلث منه مع الأول، وتبع الورثة الأول بما نقص في عبده عما يحمله الثلث معه، وإن طرأ موصى له بعبدٍ لا بعينه أو بدنانير والثلث يحمل الوصيتين تبع الورثة دون الموصى له، وإن لم يحملها تبع الموصى لهما بما شطر عنده كطروء غريم على آخر والورثة بما شط عندهم من الثلث، ثم يختلف في كونه كوارث على ورثة يتبع الموسر بمنابه لو كانوًا مياسير أو كغريم على ورثة يستحق كل ما بيد الموسر، وإن طرأ وارث على ورثة وموصى له، فإن كان بالثلث والتركة عين أو بتسمية دنانير يحملها الثلث رجع على الورثة فقط، وكذا إن أوصى له بمعين عبد أو دار يحمله الثلث، وإن أوصى له بالثلث والتركة عروض أو عقار فله نقض قسمهم عليه، وإن هلك ما وقفوا له فهو من جميعهم، وكذا إن أوصى له بعبد من عبيده أو دار من دوره دون تعيين، وإن طرأ على موصى له بالعين وترك للورثة ما يتعذر بيعه أو أوصى بالحاضر، وترك لهم الغائب أو بالخدمة، وترك لهم المرجع أو به، وترك لهم الخدمة والرقبة أكثر من الثلث، وأجاز الورثة ذلك؛ فله انتفاع الموصى له بنصيبه في ذلك.

قُلتُ: تحصيل أصول الطروء الموجب حقًا للطارئ ثلاثة وثلاثون صورة جملة طرو غريم أو وارث أو موصى له على مثله، وطرو غريم على ورثة أو موصى له أو موصىً له، وغريم وطرو وارث على موصى له وطروء موصى له على ورثة أو موصى له، فهذه تسع صور الموصى له منها مع غيره، أربع مضروبة في كونه موصى له بجزء أو بمعين أو بعين باثنتي عشر صورة، ومع مثله اثنتان مضروبتان في تسع مسطح كون الطارئ موصى له بأحد الثلاثة، والأول كذلك بثماني عشرة صورة، وذكر ابن رُشْد منها عشرًا ثلاث صور طروء وأحد الثلاثة على صنفه يرجع الطارئ فيها عليهم بحظه ولا

يأخذ مليًا بمعدم، وينقض قسم غير المثلي لا المثلي، وفي ضمان مقبوض كل منهم ما تقدم وطرو الغريم على الورثة أو على الموصى لهم بالثلث، وطرو الموصى له بعدد على الورثة في إيجابه في الثلاث صور نقض القسم ما تقدم لأشهب وسَحنون وابن القاسم، وفي ضمان مقبوض كل منهم ما تقدم ونقض القسم ومضيه بناءً على تعلق الدين بعين التركة أو ذمة الميت، وعليهما اختلاف قولي مالك فيمن يبدأ باليمين مع الشاهد في دين الميت الغرماء أو الورثة، وفي الوصي ينفق التركة على الأيتام ثم يطرأ الدين ومسائل شتى.

قُلتُ: لو تعلق بعينها لسقط من دينهم منابه من تالفها دون وقف لهم.

قال: وسابعها طرو الغريم على غرماء وورثة يوجب تبدئة رجوعه عليهم ثم على الغرماء بما بقي كطروه عليهم، وثامنها: طرو الموصى له بعدد على موصى لهم وورثة إن وفى ما بيد الورثة زائدًا على الثلثين لم يتبع الموصى لهم، وإلا تبعهم بحقه كطروه عليهم، وتاسعها: طرو الموصى له بجزء على الورثة في كونه كطرو غريم عليهم أو وارث، قولا ابن حبيب وابن القاسم، وعاشرها: طرو الموصى له بجزء على آخر وورثة إن وفى ما أخذه الورثة زائدًا على الثلثين بجزء الطارئ رجع عليهم على قولي ابن حبيب وابن القاسم في صفة رجوعه، وإن لم يف به رجع بالباقي على الموصى لهم على ما تقدم، والحادية عشر: طرو الغريم على الموصى لهم بأقل من الثلث، وعلى الورثة إن خرج ما قبضه الموصى له من ثلث ما يبقى بعد الدين لم يتبعه الغريم بشيء إلا في عدم الورثة، وإن لم يخرج رجع على الموصى له بالزائد على ثلث الباقي بعد دينه وعليهم بتمامه، فإن وجد الموصى له عديمًا أخذ كل دينه من الورثة وتبعوا الموصى له بالزائد على ثلث الباقي بعد الدين، وإن وجده مليًا دونهم أخذ كل ما بيده وتبع الورثة بباقي دينه وتبعهم الموصى له بثلث الباقي بعد الدين.

[كتاب القراض]

القراض: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة[1]؛ فيدخل بعض

(1) قال الرَّصاع: القراض في اللغة هو المضاربة في الأرض وخصه الشارع بشيء خاص، فقال الشَّيخ: في جنسه تمكين فصيره فعلا من صاحب المال.

(فإن قلت): تمكين مال هل هو إعطاء المال أو التمكين أعم.

قُلتُ: يظهر أن التمكين أعم من الإعطاء لغة، فإن كان التمكين أعم فهو بمعنى الإذن في مال لم يتجر به، وهو المفهوم من قولنا: قارض فلان فلانًا؛ أي: أذن له، وقد يستعمل في إعطاء المال وعلى كل فليس بعقد لازم قبل العمل؛ ولذا لم يقل عقد على تمكين مال؛ لأنه ليس من العقود اللازمة؛ ولذا تعقب على لفظ ابن الحاجب في قوله: ولكل واحد الفسخ قبل العمل، فإن الفسخ إنما يكون في عقد لازم وفيه نظر؛ لأن العقد أعم بدليل أنه عرف الجعل بالعقد، وقد عبر بعد بالعقد.

(فإن قلت): ذكر الشَّيخ رحمه الله فيما تقدم في رسم الوديعة بمعنى الإيداع نقل مال لمجرد حفظ إلخ فصير الجنس النقل، فهلا قال هنا: نقل ملك إلخ، وهو أخصر من تمكين.

(قُلتُ): هذا مما يحتاج فيه إلى تأمل وجواب، ويمكن أن يجاب بأن النقل يستدعي قبضًا فعليًا بخلاف التمكين؛ لأنه إذا عقد القراض في مال ولم يزل بيد ربه يصدق التمكين دون النقل، وذلك بخلاف الوديعة، وقوله: (بجزء من ربحه) ظاهره ولو كان بدرهم؛ لأن الدرهم جزء من الربح، وقد نص فيها على أنه قراض إلا أنه قال في المدَوَّنة أنه فاسد؛ لأن من شرط الجزء أن يعلم نسبته أو يقال: قوله: بجزء لا يدخل فيه الدرهم وما شابهه وهو ظاهر كلام الباجي؛ لأن الجزء من الربح فيه نسبة قوله: (مال) احترز به من تمكين غير المال وأطلق في المال، وظاهره كان عينًا أو عرضًا ليعم الصحيح والفاسد.

قوله: (لمن يتجر به) أخرج به تمكينه لغير التجر.

قوله: (بجزء) أخرج به من تمكينه ليتجر به بضاعة، وقوله: (من ربحه) أخرج به الإجارة على التجارة.

قوله: (لا بلفظ الإجارة) أخرج بذلك إذا مكنه على أن يتجر بمال بجزء من الربح، وعبر بلفظ الإجارة فيه.

(فإن قلت): قد ذكر الشَّيخ رحمه الله أن القراض الفاسد يدخل في حده كالقراض بالدين وغير ذلك، مع أنه إنما يرسم في غالب أمره الماهية الصحيحة.

(قُلتُ): هذا اختلف فيه حاله في رسمه رحمه الله، وكذلك اختلف العلماء قبله في ذلك، وقد قدمناه.

(فإن قلت): قد ذكر الشَّيخ الإمام البركة سيدي أبو قاسم البرزلي رحمه الله أن الشَّيخ رسم القراض مرة

بقوله: عقد على التجر بالمال بقدر لا من غير ربحه لا بلفظ الإجارة.

قال: وعلى كل اعتراض ليس هذا محله ولم يذكر رَحِمَهُ ٱللَّهُ الاعتراض على الحدين فما هو الاعتراض.

(قُلتُ): الحدان اللذان أشار إليهما هما اللذان ذكر الشَّيخ هنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أما الأول فقد تقدم وسيأتي الثاني، وأما الاعتراض على الأول فلعله ما أشار إليه الشَّيخ من مسألة المدَوَّنة، وأما الاعتراض على الثاني فلعله ما ذكرناه من كون ما ذكر في جنس الثاني العقد وفي الأول التمكين، وقد تقدم ما فيه والله سبحانه أعلم والأظهر أن مراده اعتراض آخر غير المذكور، ويحتمل أنه أشار إلى أنه يرد على الحد الثاني القراض بلفظ الإجارة؛ لأنه أسقط من الثاني قوله: لا بلفظ الإجارة فهي واردة عليه كما أوردت على حد ابن الحاجب.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويخرج عن الحد قول المدَوَّنة: من أعطى رجلًا مالا يعمل به على أن الربح للعامل، وإنما خرج؛ لأنه اشترط في الحد أن جزء الربح للعامل لا كله، فإذا كان كله فليس بقراض.

وهذه الصورة أجازها فيها وقال: لا بأس بها ولا ضمان على عاملها وخالف سَحنون فيها، وفيها أقاويل معلومة وتعاليل مرسومة ويظهر قول سَحنون؛ لأن ذلك كالسلف معينًا وإنما ينظر مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى الفعل لا إلى القول، ونقل الباجي قولًا بالمنع في هذه الصورة، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لما رأى أن الخلاف في الضمان وغيره في صورة الربح للعامل يوجب الخلاف، هل ذلك قراض أو ليس بقراض، وكان الحد لأمر أعم من المتفق عليه وغيره.

قال: فإن أريد إدخال ذلك في الحد، وتكون هذه الصورة قراضًا.

قيل: في الحد عقد على التجر بمال بعوض ليس من غير ربحه.

قوله: (عقد) صير الجنس هنا عقدًا وأولا تمكينًا، وقد قدمنا ما فيه، وهو يدل على أنه لم يرد بالتمكين الدفع والإعطاء كما قلناه أولًا.

قوله: (على التجر بمال) تقدم ما أخرج به.

قوله: (بعوض) تقدم ما أخرج به.

قوله: (ليس... إلخ) إنما عبر بهذه العبارة ليحافظ على جميع حده بدخول الصورة المتقدمة في المدَوَّنة؛ لأن قوله ليس من غير ربحه هو أعم من جزء ربحه ومن ربحه كله، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ذكر عن ابن الحاجب أنه عرف القراض بقوله إجارة على التجر بمال بجزء من ربحه.

قال الشَّيخ: ويبطل طرده بمدلول لفظ من قال: آجرتك على التجر لي بهذه المائة سنة بنصف ربحها، ثم إن الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ذكر جواب شيخه ابن عبد السلام في الإيراد على حد ابن الحاجب في عدم طرده، وإن ذلك إجارة لا قراض، والحد يصدق عليه، وحاصل جواب شيخه ابن عبد السلام أنه منع أن الصورة المذكورة ليست من القراض؛ بل منه واعتبار اللفظ في القراض بلفظه إنما هو من الحكم عليه، وذلك أمر تصديقي لا تصوري، والكلام في التصور لا في التصديق فلا اعتبار في ذكر

الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها: قال مالك: من أعطى رجلًا مالًا يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل؛ لا بأس به.

عياض: قال سَحنون: هو ضامن كالسلف.

فضل: هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه.

محمد: إن قال: خذه قراضًا ولك ربحه؛ فلا ضمان عليه، وإن قال: خذه واعمل به ولك ربحه؛ لم يذكر قراضًا فهو ضامن.

اللفظ في القراض بحال.

قال الشَّيخ ﷺ: رادًا على شيخه رحم الله الجميع لا يصح إلغاء اعتبار اللفظ في القراض، وفي بيان حقيقته؛ لأن الحقائق الشرعية جعلية فكان ذلك اللفظ في بعضها معتبرًا فهو كذاتي لها بالجعل الشرعي، ثم بين ذلك بأن قال: فمعنى قارضت بنصف الربح وأجرت به مماثل من حيث إنه مدلول عليه فقط، ومن حيث الدلالة على الأول لا بلفظ الإجارة وعلى الثاني بلفظ الإجارة يتخلفان الأول قراض والثاني إجارة هذا المقرر في اصطلاح الفقهاء ضرورة، فقوله: بلغو اعتبار اللفظ في حقيقة القراض والإجارة غير صحيح، ثم قال: الحق أن النقض وارد على لفظ ابن الحاجب.

هذا معنى ما أشار إليه رحمه الله، ثم قال: في تمام رده على شيخه، ثم قوله: وانعقاد القراض بلفظ القراض وغيره ليس من تصوره إنما هو من أحكامه، ويرجع إلى التصديق يرد بأنا إن سلمنا أنه من أحكامه لم يلزم رجوعه للتصديق؛ لأن الحكم أعم من التقييدي والإسنادي والأعم لا إشعار له بالأخص هذا معنى بحثه.

(فإن قلت): كيف سلم الشَّيخ رحمه الله لابن الحاجب جعل جنس القراض إجارة، وهو قد صوب في رسمه التمكين والتمكين غير الإجارة.

(قُلتُ): لعل ذلك على سبيل الفرض والتسليم، أو رأى الاعتراض به ضعيفًا، وهو بعيد لا يعترض بأقل من هذا.

(فإن قلت): إذا عرف بجعل الجنس إجارة يرد عليه التعريف بالمجهول؛ لأن الإجارة يأتي رسمها، وقد اعترض عليه شارحه في غير هذا بمثل هذا.

(قُلتُ): يظهر أنه وارد عليه، فإن قيل: هذا يرد على حد الشَّيخ أيضًا؛ لأنه قال: لا بلفظ إجارة.

(قُلتُ): له أن يقول لفظ الإجارة أشهر من الإجارة، وفيه ما لا يخفى والله سبحانه أعلم، وتأمل رسم خليل في مختصره في قوله: توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من الربح إلخ مع رسم الشَّيخ وابن الحاجب.

الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قيل: عقد على التجر بمال لعوض ليس من غير ربحه، وقال ابن الحاجب: هو إجارة على التجر بمال بجزء من ربحه، وأبطل طرده بمدلول لفظ من قال لرجل: أجرتك على التجر لي بهذه المائة سنة بنصف ربحها.

قال ابن عبد السلام: وأجيب بأن معنى القراض هو الإجارة على الصفة المذكورة، ولكن هذا المعنى لا ينعقد بكل لفظ؛ بل لفظ القراض وغيره من الألفاظ التي ذكرها الفقهاء وانعقاده بها ليس من تصوره إنما هو من أحكامه فيرجع ذلك إلى التصديق والكلام في التصور، وبهذه الطريقة يندفع كثير من الأسولة عن التعريفات فتأمله.

قُلتُ: حاصله أنه جعل صورة النقض من حقيقة القراض فيبطل كونها نقضًا ضرورة، وإليه الإشارة بقوله: معنى القراض هي الإجارة المذكورة، وقوله: ولكن هذا المعنى إلخ؛ حاصله أنه جعل اعتبار اللفظ في القراض إنما هو من حيث الحكم عليه التصديقي، والكلام إنما هو في تعريفه، وذلك راجع لتصوره فلا اعتبار باللفظ فيه بحال.

قُلتُ: إلغاؤه اعتبار اللفظ في حقيقة القراض يرد بأن الحقائق الشرعية لما كانت جعلية كان اللفظ في بعضها معتبرًا فصار كذاتي لها بالجعل الشرعي أو اصطلاحه، فمعنى قارضت بنصف الربح وأجرت به متماثل من حيث كونه مدلولًا عليه فقط، ومن حيث الدلالة على الأول لا بلفظ الإجارة وعلى الثاني بلفظ الإجارة يختلفان، الأول قراض والثاني إجارة، هذا المقرر في اصطلاح الفقهاء ضرورة، فقوله: بلغو اعتبار اللفظ في حقيقة القراض والإجارة غير صحيح فالحق أن النقض وارد على لفظ ابن الحاجب، وقوله: وانعقاد القراض بلفظ القراض وغيره ليس من تصوره إنما هو من أحكامه فيرجع ذلك إلى التصديق، يرد بأنه لو سلم أنه من أحكامه لم يلزم رجوعه للتصديق؛ لأن الحكم أعم من كونه تقييديًا أو إسناديًا والأعم لا يستلزم الأخص، وهو جائز.

عياض وغيره: إجماعًا.

عبد الحق: رخصة مستثنى من الإجارة المجهولة، وقول عياض: ومن السلف ليس بمنفعة، يرد بأنه ليس بمضمون، وكل سلف مضمون.

قال: ومعنى قول بعض شُيُوخنا أنه سنة أن الرخصة فيه بالسنة، ويلزم بالأشغال أو السفر الجائز لا بالعقد، وخرج اللخمي انعقاده به منه في الجعالة ولزوم أول نصه من أحد قولي مالك في لزوم أول شهر في كراء المشاهرة، وسمع أبو زيد ابن القاسم: من دفع لرجل مالا يعمل به فيسير في سفره فيدركه ربه في بعض الطريق فيأخذ ماله نفقة رجوع العامل على رب المال.

ابن رُشْد: هذا خلافها إلا أن يريد أنه برضى العامل.

وقال محمد: لو ابتاع ما يسافر به فمات رب المال فليس للورثة، ولا للوصي منعه إلا أن يرى الإمام لذلك وجهًا.

قال أحمد: ما لم يكن في سفر يطول أمره جدًّا، وإن أراد الوصي أخذ المال وبعضه عين، فليس له ذلك حتى ينض جميعه، ولا ينبغي للعامل أن يشغله بعد موت ربه.

قُلتُ: فيها إن هلك رب المال بعد تجهيزه به، فله النفوذ به للبلد الذي تجهز إليه، ولم يقيده الصقلي بما تقدم لابن رُشْد.

[باب في شرط مال القراض]

وشرط المال كونه عينًا معلومًا محوزًا(1)، وأصلها كالنقر حيث التعامل بها جائز.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (شرط المال كونه عينًا) هذه الشروط إذا اجتمعت جاز في المال القراض باتفاق وعبر بالعين؛ لأنا قدمنا أن العين هو المضروب والذهب والفضة أعم من ذلك؛ لأنها أعم من النقد والحلي والتبر والدنانير والدراهم.

قوله: (معلومًا) هذا لا بد منه، وأما إذا كان المال غير معلوم، فإنه لا يجوز وأخرج به المال المجهول قدره أو صفته أو غير ذلك مما يتقرر به جهله.

قال ابن شاس: احترازًا من دفع صرة عينًا قراضًا؛ لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح.

قال الشَّيخ: وذلك واضح من مقتضى العاديات.
قوله: (محوزًا) أخرج الدين إذا قارض به فإنه لا يجوز؛ بل لا بد في المال العين أن يكون قد حازه العامل، وقد وقع في المدَوَّنة إذا قارضه بدين على أن يخلصه فلا خير فيه وإن وقع فله أجر مثله.
(فإن قلت): وكذلك إذا أعطاه دنانير على أن يصرفها، فقال فيها: لا خير فيه أيضًا.
(قُلتُ): ذلك داخل في قوله محوزًا؛ لأن ما صرف به أخذه قراضًا قبل حوزه، وقوله: (عينًا) أخرج به ما عدا العين.
(فإن قلت): قد قال الشَّيخ: بعد رسمه وأصلها كالنقر حيث التعامل بها جائز اتفاقًا فإذا كان كذلك، وقد قلت بأن الشروط للمتفق عليه فحقه أن يقال عين أو نقر وقع التعامل بها.
(قُلتُ): ما ذكره أولا هو على طريق اللخمي، وقد نقل الخلاف عن غيره بعد، ويخرج التبر وفيه خلاف، ويخرج الفلوس وفيها خلاف أيضًا ويخرج العرض، وقد اتفق المذهب على المنع به واختلف إذا قال له: خذ هذا العرض بعه، ولك أجر كذا واعمل بثمنه قراضًا، وفيه قولان بين ابن أبي زيد والقابسي ذكر ذلك غير الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ، وأخرج بقوله محوزًا الدين إذا كان على رجل فلا يجوز جعله قراضًا من رجل آخر، وقد وقع في المدَوَّنة أنه لا يجوز وعلى ذلك حملها ابن يونس، وغيره حملها على الكراهة ووقع للخمي في ذلك ما يدل على الجواز إذا كان موسرًا غير ملد.
(فإن قلت): إن كان الدين على العامل فهل يجوز جعله قراضًا له، والرسم يصدق على ذلك ويدل على جوازه أنه عين معلوم محوز.
(قُلتُ): قد وقع فيها أن ذلك ممنوع أيضًا.
(فإن قلت): لأي شيء منع.
(قُلتُ): علله ابن رُشْد بأنه أنظره على أن يتجر له بنصف الربح وذلك ربا.
(فإن قلت): هل ترد هذه الصورة.
(قُلتُ): لا ترد على ما تأول عليه ابن رُشْد إذا تؤمل.
(فإن قلت): الوديعة إذا كانت عينًا عند رجل فهل يجوز القراض فيها.
(قُلتُ): قالوا إن أحضرها صح القراض بها، وإلا ففيه خلاف وللخمي فيه تفاصيل انظره.
(فإن قلت): قد تقدم في شرط المال أن يكون معلومًا وقدمنا أن الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ قبل كلام ابن شاس بظاهر الروايات، وعلل ابن شاس ذلك بأن جهل المال يستلزم جهل الربح فيقال: جهل الربح هنا مغتفر وفيه رخصة؛ لأن ذلك نوع من إجارة بمجهول؛ لأنه قد يربح في المال، وقد لا فإذا صير فيه ثلثه للعامل أو ربعه ففيه الجهالة على عوض العمل فالجهالة موجودة علم المال أو جهل فكيف يعلل بما رأيته وقبله الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ.
قُلتُ: الجواب عن ذلك أن المال إذا علم قدر ربحه علم تقدير الربح، وحصل فيه العلم بنسبة

اللخمي وغيره: اتفاقًا، وإلا فطرق.

اللخمي: في جوازه بها ومنعه ثالثها: يكره لابن وَهْب مع روايته ورواية ابن القاسم، وقوله في العتبيَّة: إن نزل مضى وإن لم يعمل به مع أَصْبَغ في الموازيَّة، وللصقلي عن ابن وَهْب: اختلف قول مالك في جوازه بالنقر.

وفي المقدمات: عن القاضي في كراهته بالتبر وجوازه ثالثها: الفرق بين البلد الذي يدار فيه أولًا.

قُلتُ: هذا خلاف نقله في البيان كاللخمي: الاتفاق على جوازه به حيث التعامل به، ونحوه لابن حارث وهو نص سماع يحيى ابن القاسم، وحصل في البيان الثلاثة الأول كاللخمي، وعزا الجواز لسماع أشهب: أيجوز؟

قال: نعم، قد قارض الناس قبل أن تضرب الذهب والفضة، والمنع لسماع ابن القاسم، والكراهة لمن تقدمت له مع ابن حبيب، وقيدها في المقدمات إلا أن يقول له: صرفها واضربها واعمل بها فله أجر تصريفها وضربها، وله قراض مثله، ووجه في البيان الأول بالعمل لقول مالك: قد قارض الناس، والثاني: يشبه النقر والتبر بالعروض في عدم التعامل بها إلا بعد ضربها، وعلله ابن شعبان بعدم انضباط كيفية ذهبها وهو أظهر، ويلزم عليه كراهته بهما في البلد الذي يداران فيه، وهي طريقة القاضي في متقدم نقله.

وفيها ذكر بعض أصحابنا أن مالكًا سهل فيه بنقار الذهب والفضة فسألته عنه فقال: لا يجوز، وفي البيان: على الجواز سمع أشهب: يرد نقرًا مثلها، وعلى المنع إن فات فله أجر مثله في بيعها واستضرابها، ورأس المال الثمن الذي باعها به أو عدد ما خرج منها، وله قراض مثله، وعلى الكراهة رأس المال مثلها طيبًا ووزنًا، فإن جهلا وزنها فالثمن الذي بيعت به أو العدد الذي خرج من ضربها، ولو بيعت بعروض فرأس المال

العوض عادة، وحصول ذلك للعامل هو الذي وقع الجهل فيه فاغتفر للضرورة والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

قيمتها ذهبًا إن كانت نقر فضة أو منها إن كانت نقر ذهب، وقال ابن حبيب: إلا أن يكون قال له يوم قارضه: بعها أو استضربها فرأس المال ما بيعت به أو ما خرج من استضرابها ولو عرفا وزنها، وله أجر مثله في ذلك إن كان فيه مئونة وله كراء وله قراض مثله، ففرق بين شرطه ذلك وعدمه، وقد علم أنه لابد منه حيث لا يتبايع بها فيه، ووجهه أنه بشرطه جعل القراض إنما هو بثمنها أو بخارج ضربها دونه إنما هو لها نفسها وقد يبيعها بعروض فيكون ذلك تجرًا بها، ومنعه القاضي بالعين مغشوشة.

الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة، والاتفاق على تعلق حق الزكاة بها، وقول ابن الحاجب: تجوز بالمغشوش على الأصح وقبوله ابن عبد السلام بإطلاقه، يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به.

وفي كراهته بالحلي ومنعه وجوازه ثلاثة للخمي عن رواية محمد وروايتي الجلاب، وقال: وإن كان حيث يتعامل به كأرض المصامدة جاز وإلا كره إن كان يوجد مثله وإلا منع، وفي منعه بالفلوس وكراهته ثالثها: الجواز لروايتها وأشهب، فقيده ابن رُشْد: باليسير وأطلقه اللخمي واختار الجواز حيث يتعامل بها ولا يتغير سعرها غالبًا ولو على أنها في الصرف كالعرض، وإن كان يتغير غالبًا بالأمر البين منع ولو على أنها فيه كالعين، وعزا الصقلي عن محمد لأشهب المنع أيضًا، وما قيده به ابن رُشْد عزاه ابن حارث لأبي الفضل المسيبي عن بعض أصحابنا.

وفيها: إن قارضه بدين على أن يقتضيه أو بدنانير على أن يصرفها فلا خير فيه، وله أجر مثله فيهما وقراض مثله.

اللخمي: إن كان على أن رأس المال الدنانير وشرط صرفها؛ لأن الشراء بالدراهم حسن النظر جاز، وإن كان على أن رأس المال الدراهم لم يجزه ابن القاسم، وأجازه أشهب؛ يريد: إن كان أمر صرفها يسيرًا وإلا لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتولى بيعها إنما يجلس عند من يتولاه، والمذهب منعه بعرض ولو مثليًا.

ابن حارث: لا يجوز بالسلع اتفاقًا.

اللخمي: إن كان لاخطب البيع العرض أو علم أنه يبيعه له ولو لم يأخذه قراضًا

أو يقول له: كلف من يبيعه ويأتيك بالثمن اجعله قراضًا جاز، فإن دخلا على رد مثل رأس المال أو قيمته ثم عمل بثمن العرض فله أجر مثله في بيعه.

وفي كون الواجب له في عمله أجر مثله ثالثها: أو قراض مثله إن جعلا رأس المال مثل المدفوع أو قيمته وأرى له في بيعه جعل مثله وفي ثمنه قراض مثله؛ لأن الدخول على وجه القراض دخول على وجه الجعالة وفاسدها يرد لصحيحها، ولو باع العرض المقبوض بعرض والثاني بعين فأصل ابن القاسم أنه أجير في بيعهما وفي الثمن قراض مثله، وقال ابن حبيب: رأس المال قيمة الأول وله أجر مثله في بيعه ولا وجه له؛ لأن القيمة قبل بيعه، وبيعه داخل في القراض.

قُلتُ: هذا التعقب أشار إليه التونسي بقوله: إذا وجب كون القيمة رأس المال فلماذا جعل له أجره في بيعه؟

وقول اللخمي: لأن القيمة قبل بيعه... إلخ، خلاف تقرير الصقلي قول التونسي: يريد: لأنه متعد في بيعه بعرض فيجب أن لا أجر له في بيعه، وتعليل اللخمي يرد بإبطال قوله: أن القيمة قبل بيعه، ودليله أن القيمة إنما وجبت بدلًا عن الثوب لفوته، وفوته متأخر عن بيعه فالقيمة متأخرة عن بيعه بمرتبتين، وتقرير الصقلي يرد بأن التعدي على بيع مال الغير إن كان مع عدم الدخول على عرض كبيع مال الغير دون إذنه منع ثبوت الأجر على بيعه، وأما إن كان مع الدخول عليه فهذا لا يمنع ثبوت الأجر على بيعه، والمتعدي في القراض دخل على عوض ولا يوجب الفساد حرمانه كما في القراض الفاسد المحكوم فيه بأجر المثل، والعامل هنا أتى بالعمل الموجب للعوض، وهو بيع العرض وتعدى في عوضه، وهو الثمن عينًا وقدره غير محدود فوجب الرجوع فيه بقيمة العرض، إذ هو ثمنه المرجوع إليه عند تعذر ثمنه، وإذا ثبت إتيان العامل بالعمل المدخول فيه على عوض لزم ثبوت العوض؛ لانتفاء المانع له؛ لأن المانع من الأجر إنما هو التعدي العري عن الدخول على أجر، ولأبي عمران ما يفهم منه نحو هذا.

وقال الشَّيخ في قول ابن حبيب: رأس المال قيمة العرض الأول، هذا إن باع الثاني

بأكثر من قيمة الأول، وإن باعه بمثل قيمة الأول أو أقل لم يضمن شيئًا، وكان رأس المال ما باع به الثاني، وقبله الصقلي وعبد الحق وغيرهما وهو وهم؛ لأن قول الشَّيخ: لم يضمن شيئًا؛ يدل على أن قول ابن حبيب يقتضي ضمانه، وليس كذلك لاستحالته في بيعه الثاني بمثل قيمة الأول، إذ ليس هناك شيء يضمن، ولانتفائه في بيعه الثاني بأقل من قيمة الأول؛ لأن تصرفه في بيعه الثاني إنما هو بمقتضى عمل القراض، والمقارض لا يضمن دون تعد بحال وإنما ضمنه نقص قيمة الأول فقط لتعديه وفي بيعه بعوض، وقوله: وكان رأس المال ما باع به الثاني، يرد بأنه إن جعل ابتداء العمل للقراض من يوم نض ثمن الثاني لا الأول لزم كون رأس المال ثمن الثاني مطلقًا وإلا لزم كون ثمن الأول مطلقًا.

وقال التونسي: انظر إن كانت قيمة الأول يوم باعه مائة، وقيمة العرض الثاني ثمانون فباعه بها وتجر بها فصارت مائة، والناس يتغابنون فيما يسوى مائة أن يباع بعرض يسوى ثمانين، فكيف يصح أخذ رب المال المائة ولا يأخذ العامل شيئًا وهو باع بما يتغابن الناس به، وكيف إن تجر بالثمانين فصارت مائتين إن قسم الربح على أن رأس المال مائة أضررت العامل، وإن قسم على أن رأس المال ثمانين فليس قيمة سلعته التي أخرج.

قُلتُ: حاصل ما آل استشكاله إيجاب كون رأس المال ثمن الثاني؛ لأنه السالم عن ضرر رب المال والعامل، وبقي ضمانه ما نقص عن قيمة الأول؛ لأن تصرفه قبل ثمن الثاني إنما هو بحكم القراض دون محاباة فلا يوجب عليه ضمانًا، ونحو هذا تقدم للشيخ.

اللخمي: إن كان قال له: بعه بعين؛ فباعه بعرض خير، ربه إن أجاز فعله كان الجواب كالأول، وإن ضمنه قيمة الأول فربح الثاني وخسارته للعامل وعليه وفيما تجر في ثمنه قراض المثل إلا أن يكون ثمن الثاني أكثر من قيمة الأول فربح الزائد، وخسارته للعامل وعليه، وقال ابن حبيب: رأس المال الأكثر من قيمة الأول وثمن الأول وثمن الثاني، وله أجره في بيع الأول لا الثاني.

قال: قوله: إن كانت قيمة الأول أكثر، ولم يجز فعله أن يغرمه قيمته فيجب أن لا أجرة له فيه؛ لأنه أخذه بالتعدي، وإن كان الثمن أكثر وأجاز فعله بالثاني من القراض وكان رأس المال قيمة الأول ولا أجر له؛ لأن البيع داخل في القراض، هذا الجواب على أصله أنه في العرض على قراض مثله قبل أن يصير عينًا، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن العروض لا يصح فيها قراض بحال.

الصقلي: عن الشَّيخ: إنما له أجر بيع الأول عندي إن أجاز بيعه واختار ثمن الثاني إذ هو أوفر من القيمة، وإن اختار قيمة الأول إذ هي أوفر فلا أجر له؛ لأنه تعدى.

قُلتُ: تقدم الجواب عن هذا فتذكره.

وفيها: لا يجوز بدين على غيره يقتضيه، فأطلقه الصقلي، وعبر عنه ذو الكافي بالكراهة.

اللخمي: إن كان على حاضر موسر غير ملد جاز.

وفيها مع سماع سَحنون: ابن القاسم: منعه بدين على العامل، فإن نزل فالربح والوضيعة للعامل.

ابن رُشْد: لأنه أنظره على أن يتجر له بنصف الربح وذلك ربا.

قُلتُ: لأنه فيها اغتزا للزيادة بتأخير الدين إلا أن يقبض دينه ثم يرده عليه.

ابن رُشْد: على قولها فيمن صرف دنانير بدراهم ثم أراد أن يصرفها منه بدنانير مخالفة لعيونها إن ذلك لا يجوز في المجلس ولا بعد اليوم أو اليومين والثلاثة حتى يبرأ من التهمة لا يجوز رده إليه قراضًا إلا بعد أيام حتى يبرأ من التهمة، وعلى قول ابن حبيب في صاحب المال يعلم ضياع بعضه فيقول للعامل: اعمل بما بقي، يكون ذلك قراضًا مؤتنفًا يصح جعل الدين قراضًا بمجرد إحضاره، وعن أشهب: إن نزل مضى وهو بعيد، وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب الكفالة: من جاء بدنانير اقتضاها من دينه فقال: هي رديئة فقال المدين: قبضتها من فلان، اذهب إليه يبدلها فضاعت في ذهابه بها ضمانها من الذاهب، إلا أن يكون الدافع قبضها منه ثم أعادها إليه.

ابن رُشْد: سمع ابن القاسم في الوكالات مثله كقولها: من أسلم ثوبًا فحرقه رجل

في يده إن تركه المسلم إليه وديعة في يده بعد ما دفعه إليه فهو منه والسلم بحاله، وقولها: إن قال رب المال بعد ضياع بعضه: اعمل بما بقي قراضًا، فهو على القراض الأول ولو أحضر المال وحاسبه ما لم يدفعه، ثم يرده قراضًا خلاف نقل ابن حبيب عن مالك والأخوين وجماعة من أصحاب مالك غير ابن القاسم، وعليه تنتقل الدنانير من ضمان المقتضي بإحضارها، وقول الدافع: اذهب بها إلى فلان، وظاهر قول ابن القاسم بقاء الدنانير في ذمة الذاهب على حالها، والأشبه على قوله في المحبوسة بالثمن أنها في يده كالرهن، فقول ابن حبيب ثالث ابن زرقون لابن حارث عن أشهب أن قراض المدين بدينه مكروه، إن نزل مضى والربح بينهما والخسارة على رب المال.

وحكى التونسي أن أشهب يقول: الربح بينهما، وتأول عليه أن الخسارة على العامل ولا يصدق؛ لأن ذمته لا تبرأ إلا ببينة، وهذا جار على مسألة: كله لي في غرائرك؛ فتحصل في المسألة أربعة أقوال.

قُلتُ: يريد: هذه الأقوال الثلاثة وما حكاه قبلها من كلام أبي عمر قال: قال أشهب وأبو يوسف ومحمد: ما اشترى أو باع فلرب المال وعليه، وللعامل أجر مثله.

اللخمي: قال أشهب في الموازيَّة: إن عمل فالربح بينهما، فعلى هذا الخسارة من رب المال، ولابن القاسم في العتبيَّة: من أمر من له عليه دين أن يشتري له به سلعة فقال: اشتريتها وضاعت قبل قوله: وهذا حسن؛ لأنه مؤتمن على الشراء فيصدق فيه؛ لأنه قبل إخراج ما في ذمته ولم يحمل على أنه حبس الثمن على بائعه فيصدق فيما حدث بعد ذلك من خسارة أو تلف، والربح إن كان أحدهما من أهل الدين والفضل فهو بينهما على شرطهما وإلا لم يعط رب المال ربحًا لتهمته على فسخ الدين في الدين ولا يترك للعامل؛ لأنه مقر أن لا شيء له فيه ويتصدق به على الفقراء، وإن شهدت به بينة على إخراجه من الذمة فهو فيما بعد ذلك على سنة القراض ما لم يتبين أنه لم يعمل به مثل قوله: كنت أتجر به بموضع كذا أو في نوع كذا فيشهد من يعرفه بخلاف ذلك، فلا يصدق في الخسارة ولا يمكن الآخر من ذلك.

قُلتُ: ففي منع قراض المدين بدينه وربحه ونقصه له ومنه أو نقصه فقط وربحه

بينهما، ثالثها: يكره، ورابعها: العامل أجير والربح والنقص لربه، ومنه لها مع المشهور وتأويل التونسي عن أشهب، ونقل ابن حارث عنه مع تأويل اللخمي عنه وأبي عمر عنه، وخامسها: اختيار اللخمي.

الباجي: إن أحضره فجعله قراضًا قبل أن يقبضه ربه فالمشهور غير جائز، وقال القاضي: إن رد الغاصب المال فقال ربه: لا أقبضه ولكن أعمل به قراضًا جاز، ويحتمل بأن يفرق بأن الغاصب أحضر المال متبرعًا والغريم لعله واطأه على إحضاره ليرده قراضًا، ولو جاء به متبرعًا فتركه له قراضًا بعد معرفة جودته ووزنه جاز.

ابن زرقون: الأظهر أنه اختلاف قول.

قُلتُ: ففي صحته بمجرد إحضاره ومعرفة جودته ووزنه أو حتى يقبض ثالثها: وتمضي مدة نفي تهمتها لتخريج ابن زرقون على الغاصب ولها، ولتخريج ابن رُشْد على الصرف مع تخريج غيره على قولها في رد مقتضى من مدين إليه سلمًا، ورد بأنه عاد لنفس الذمة المقتضى منها، وفي القراض إلى أمانة فكأنه إلى أجنبي، ويرد بقول سلمها الأول: من له على رجل مال فقال له: أسلمه لي في طعام لم يجز حتى يقبضه ويبرأ من التهمة، ثم يدفعه إليه بعد ذلك، ويجوز بوديعة بعد إحضارها ودونه، ثالثها: إن كان المودع ثقة مأمونًا، ورابعها: يكره لابن رُشْد عن محمد، وعنها قائلًا: كالدين، وعن ابن حبيب وسماع سَحنون ابن القاسم.

قُلتُ: وخامسها: قول اللخمي: إن كان المودع ممن لا يتصرف في الوديعة أو كانت عرضًا قال له: كَلف من يبيعه وخذ ثمنه قراضًا؛ وإلا لم يجز، فإن نزل صدق في الخسارة كقوله: ضاعت قبل ذلك، والربح بينهما بخلاف الدين إلا أن تكون تهمة أو يعلم ربها أنه تسلفها، وهو ممن يتهم فيتصدق بالربح، وإن كان ممن يتصرف في الوديعة كالصيرفي، وسمسار الطعام الذين يخلطون ما يقبضون ويدفعون ما لإنسان لآخر فحكم ما بأيديهم حكم الدين، ومن ادعى منهم تلفًا أو رد لم يصدق كالدين.

ابن حارث: اتفقوا في عمله بوديعة أن الربح والغرم لربها وعليه، وقاله ابن القاسم وأشهب، وشرط ابن شاس كون المال معلومًا.

قال: احترازًا من دفع صرة عينًا قراضًا؛ لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات.

وفيها مع غيرها: لا يجوز على أن يشتري هو وتنقد أنت، وتقبض ثمن ما باع أو تجعل معه غيرك لذلك، أو تعلم تجرًا أو أمينًا عليه، إنما القراض أن يسلم إليه المال يتصرف فيه ولا على أن يعمل معه رب المال، فإن نزل فالعامل أجير، وإن عمل دون شرط كرهته إلا اليسير.

اللخمي: هذا قبل عمل العامل؛ لأنه كان له أن يأخذه، فيصير كمن أعطاه على ذلك، ولو تطوع بالعمل بعد طول عمل الأول ضعفت التهمة وله المسمى، ولم يقيده غيره، وهو أصح؛ لأنه كهدية للعامل ويأتي منعها، ولسماع ابن القاسم: إن بعث العامل سفنا بطعام قراض مع أجراء، وكتب لربه أن يقوم عليهم ويعينهم دون شرط في أصله، فلا يعجبني ولا خير فيه إلا فيما خف فلا بأس به.

ابن رُشْد: إن وقع مضى، وفي الموطأ: من دفع لعبده ورجل قراضًا جاز؛ لأن الربح للعبد لا لسيده حتى ينتزعه، وعزا أبو عمر مثله لابن القاسم وغيره.

قال: على أصلهم أن العبد يملك، ومنعه أبو ثور.

قُلتُ: إنما عزاه ابن شاس لأشهب ولا أعرفه إلا لتابعه ابن الحاجب، وهو مقتضى أصل المذهب عندي؛ لأن المنصوص في المدَوَّنة وغيرها أن العبد لا يملك خدمة نفسه ولا فاضل خراجه، فمال قراضه مع الأجنبي شرط جزء من العمل على رب المال إلا أن يقال: مقارضة السيد إياه تمليك منه لعمله إياه كإذنه له في اعتكاف أو حج.

الباجي: ولو كانت حصته من الربح لسيده جاز؛ لأن القراض يجوز على كل جزء اتفقا عليه، فلا يبطل بإضافة حظ أحد العاملين إلى حفظ رب المال، إنما يبطل إذا كان العامل نائبًا عن رب المال، وإذا قلنا إن العبد يملك حصته فإنما ينوب عن نفسه وعمله له.

قُلتُ: كون عمله لسيده لا له واضح، ومن منعه كفارته بصومه إذا أضر به ومنعه سيده، ولا يرد بإجازتها مقارضة السيد عبده؛ لأنه لا يستلزم اشتراط العامل على رب

المال عملًا فتأمله.

وفيها: لا يجوز شرط ضمانه، وشرطه لغو.

ابن القاسم: وفيه قراض المثل.

اللخمي: روى محمد الأقل منه ومن المسمى، وكذا شرط تأجيله.

ابن القاسم: وفيه قراض المثل.

اللخمي: أصل قوله أنه أجير؛ لأن فيه غررًا وزيادةً.

وفيها: يجوز شرط ألا ينزل واديًا أو لا يسير بليل أو لا يحمله ببحر أو لا يبتاع كذا أو لا يخرجه من مصر أو الفسطاط، والمذهب أنه لا يجوز شرط صنعته، فإن نزل ففي مضيه وصنعته كتجر وكون ربحه وغرمه لربه وللعامل أجر مثله، ثالثها: له أجر عمله وفي غيره قراض مثله، ورابعها: وفي غيره الأقل منه، ومن المسمى للخمي عن ابن وَهْب مع قول محمد في عامل بار متاعه فقطعه وخاطه وأخذ أجرته يردها، وعمله لغو لسفره ومالك وأشهب وابن نافع مع مالك، وخامسها للوقار جوازه إن أخذ أجر عمله ويقسمان الربح بعد ذلك، وسادسها: له يكون شريكًا بقدر صنعته ويفض الثمن عليها وعلى المصنوع منابها له وله في مناب المصنوع الأقل من إقراض المسمى أو قراض المثل.

الصقلي: ألزم بعض القرويين على قول الموازيَّة هما على قراضهما جواز إجارة الدابة بنصف كسبها.

قال: وعلى المنع في كونه شريكًا بعمله كمستأجر على عمل فضة خلخالا على أن يزيد فيها من عنده قدرًا؛ لأنه باع شيئًا فاسدًا لم يقبض منه أولا؛ لأنه لا عين قائمة لعمله كمستأجر على تمويه لجام بفضة من عنده قولا بعض القرويين وغيره.

قُلتُ: بعض القرويين هو التونسي، وثاني الأقوال الأربعة هو قولها: وعليه إن فلس رب المال فقال يحيى بن عمر: العامل أحق من الغرماء في المال بأجرته، أبو عمران: يعني قدر الصنعة، وما سواها هو فيه أسوة مثل أجر بيعه وابتياعه، ولا يضمن ما يتلف مما بيده؛ لأن بقاءه بيده بعد الصنعة إنما هو بحكم مال القراض، بخلاف

الأجير يحبس ما استؤجر عليه حتى يقبض أجرته.

وقال التونسي: هو أحق من الغرماء في الجميع كالإجارة الصحيحة، وأجاب عن الاعتراض عليه بقول محمد أنه فيما رد من قراض الأجل بأجرة المثل؛ لأنه لا يكون أحق بالربح بقوله: الأشبه أنه أحق، وما في المدَوَّنة يحتمل أنه سلم المال إلى ربه.

الصقلي: ظاهر المدَوَّنة والموازيَّة أنه أحق بالربح في إجارته في القراض، وعليه حمله الشَّيخ، وهو أبين.

التونسي: إن قيل: منافعه مبيعة بيعًا فاسدًا وقد سلمها بوضعها في المصنوع فلا يكون أحق بعوضها وهو الربح، كما إذا فاتت السلعة بيد مشتريها شراءً فاسدا لا يكون بائعها أحق بما قبض على قول محمد، قيل: هو لم يرض بتسليمها هنا؛ بل أبقاها بيده لاعتزاء الربح الذي هو ثمنها، وتأويل بعض الناس أنه أحق بما قابل الصنعة، وما قابل عمله هو فيه أسوة الغرماء ليس بشيء بل هو أحق فيهما، كما لو استؤجر على خياطة ثوب إجارةً فاسدةً، فإن قيل: من جهة أنه ضامن، قيل: لو استؤجر على حمل متاع كراءً فاسدًا كان أحق وإن لم يضمنه.

وفيها: مع الواضحة لا يجوز شرط أن يخلط مال القراض بغيره أو يبضع أو يزرع، وفي الواضحة: أو يشارك.

وفيها: لا يجوز له أن يشارك به أحدًا ولا عاملًا لربه، فإن فعل ضمن ولا سلف أحدهما الآخر؛ لأنه زيادة ولا إخراج العامل من عنده ما لا يخلطه به واحد.

زاد الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: ولا على أنه إن شاء خلطه بغير شرط.

قُلتُ: وله بعد ذلك عن الواضحة بعد منع شرط أن يشارك أو يجلس به في حانوت سنة وشبه ذلك، فأما إن قال: إن شئت فافعل أو دع فهو إذن، ولا تأثير بالإذن في العقد ما لم يكن شرطًا يفسده.

أَصْبَغ: شرط الخلط أشد من إن شاء خلط بغير عمل شرط ولا يفسخ فيهما، وخفف أشهب، وللشيخ والصقلي عن أَصْبَغ: لا يعجبني ابتداءً إلا فيما لا يغتزى ربحه لقلته كالعشرة دنانير، ولو كثرت أمضيته.

قُلتُ: انظر ما العشرة فيه يسيرة.

الشَّيخ: لابن حبيب: عن الأخوين وأَصْبَغ: لا بأس بشرط خلطه بماله، وقاله أشهب ما لم يقصد استغزار الربح لقلة مال القراض في كثرة الآخر، وفي الموازيَّة: روى أشهب: من قضى رجلًا مائة ودفع له مائة أخرى قراضًا على أن يخلطهما فلا بأس به.

قُلتُ: ففي كراهة شرط خلطه بماله وجوازه ثالثها: إن قل ما شرط خلطه به في جنبة مال القراض، ورابعها: منعه، وخامسها: جوازه بديًا إن قل للبيان عن أَصْبَغ وأشهب مع روايته في الموازيَّة والصقلي مع غيره عن أَصْبَغ، ولها وللنوادر عن أشهب قائلًا: إن كثر كان كزيادة يرد لقراض المثل بعد قسم الربح على المالين، وللتونسي عن أَصْبَغ: كان أشهب يخفف شرط ضم العامل ماله لمال القراض على أن له نصف ربحهما والنصف لرب المال.

التونسي: كيف يصح هذا ورب المال إذا أخذ نصف ربح جميع المال صار عمل العامل باطلًا، وهو لا يجيز أن يخرج أحدهما مائة والآخر مائة على أن العمل على أحدهما، وللعامل أجر مثله في معروف قولهم؛ لأنها شركة على أن العمل على أحدهما إلا أن يريد أن العامل أخرج نصف ما أخرج رب المال فكأنه قارضه على الربع.

قُلتُ: لم أجد هذا الفرع في النوادر، وأجاب ابن عبد السلام عن سؤال التونسي بقوله: لعل أشهب أراد بقوله: والنصف لرب المال على شرط القراض لا على أن يختص به فتكون ثلاثة أرباع الربح للعامل.

قُلتُ: ويحتمل عود ضمير له على مال القراض لا على رب المال كما زعماه، وقوله بعده: والنصف لرب المال؛ أي: من ربح مال القراض، وفيها: إن خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض وقع الرخص أولًا، وإن أخره وقع آخرًا خلطهما، ولا بأس بخلطه دون شرطيه والسلع بين مال القراض وماله.

قُلتُ: الأظهر تقديم مال القراض كمبتع أخذه قراضًا يشغله عن الأول.

وفيها: إن ابتاع مقارض بألف عبدين صفقةً واحدةً بألفين كان شريكًا.

عياض: قالوا: معناه أنه إن اشترى بالألف الزائد لنفسه، ولو كان للقراض خير

ربه في قبول ذلك ورده، وقاله ابن لبابة، وقال فضل: إنما اشتراها للقراض، ومعنى كونه شريكًا إن أبى ربه دفع ما زاد العامل.

قُلتُ: لابن رُشْد في أول مسألة من رسم القبلة: إن اشترى العامل بالنقد بأكثر من مال القراض كان شريكًا للقراض بالزائد، وفيه تفصيل فسره ابن القاسم في الدمياطية، قال: فيه وجهان لا يأبه كثير من الناس إليهما إن خلط مائة بمائة القراض، ثم اشترى سلعة فهما شريكان ولا خيار لذي المال، وإن أخذ مائة قراضًا فاشترى سلعة فتسلف فيها مائة فذو المائة بالخيار إن شاء أدى ما تسلف عليه، وإن شاء كان شريكًا.

ابن رُشْد: والقياس أن لا فرق بين خلطهما قبل الشراء ولا إن قال فيهما: إنما زدت المائة على الشركة في السلعة بها صدق ولا خيار لذي المال، وإن قال: زدتها سلفًا فذو المال بالخيار.

وفيها لابن القاسم: إن اشترى من أخذ مائة قراضًا سلعة بمائتين إحداهما دين عليه قومت المؤجلة بالنقد، فإن سوت خمسين فهو شريك بالثلث.

عياض: كذا في كتاب ابن عتاب ونحوه في كتاب ابن سهل وكثير من الأصول، ابن وضاح: وكذلك أصلحها سَحنون عن قولها: تقوم السلعة نقدًا؛ وهو خطأ، ومثله في العتبيَّة وكتاب عبد الرحيم، وكذا ألفيت في بعض الأصول من المدَوَّنة وهي رواية القابسي عن الدباغ والأبياني وخطأوا هذه الرواية، وقاله محمد، والوجهان رويا عن مالك.

قال فضل: قرأ لنا عبد الجبار: تقوم السلعة بالنقد، فإن كانت قيمتها خمسين وقرأ لنا غيره فإن كانت خمسين ومائة.

قال سَحنون: تقوم السلعة في كتاب ابن القاسم أصلحت المائة وتقويم السلعة محال.

قال يحيى: قرأ علينا السلعة وقال: هي خطأ.

قال فضل: على إصلاح سَحنون لا معنى لذكر المائة وإصلاحه هو على رواية أشهب.

عياض: لا يصح ذكر مائة بعد خمسين مع قوله: تقوم المائة، كما قال فضل: إنما يتجه على تقويم السلعة، وسقطت لفظة مائة من كتاب ابن عتاب وابن سهل وأكثر الأصول وثبتت في بعضها ولابن المرابط.

قُلتُ: الصواب رواية عدم إصلاح سَحنون؛ لأن تغيير المروي لظن الراوي خطأه بنظره لا يحل له، إنما اختلف المحدثون، وأهل الضبط في الخطأ المجمع عليه كذكر بعض الآي مغيرًا؛ ونحو ذلك هل يقدم على إصلاحه ويغير عن خطئه أو ينبه عليه فقط حسبما ذكره ابن الصلاح وغيره، وسمع ابن القاسم: إن اشترى من بيده مائة دينار قراضًا سلعة بألف على أن ينقده مائة القراض فهو وذو القراض شريكان تقوم السلعة بالنقد إن كان قيمتها تسع مائة فللقراض التسع.

ابن رُشْد: قوله: على أن ينقد مائة القراض؛ يريد: والتسع مائة في ذمته لأجل معلوم والشراء له وللقراض، ولو كان للقراض فقط على أن يؤدي ذو القراض التسع مائة عند الأجل كان ذو القراض مخيرًا في قبول ذلك أو رده، فتكون شركة للقراض بقدر المائة من قيمة السلعة يوم الشراء، وللعامل ما زادت قيمتها على المائة، هذا قوله في هذا السماع أن السلعة تقوم بالنقد، ومثله في المجموعة والموازيَّة والمدَوَّنة، وقال محمد: ليس هذا بشيء؛ لأن القراض لا ينتفع برخصها ولا يتضرر بغلائها، والصواب ما روي عن مالك وابن القاسم وأشهب أن يقوم الدين بعرض، ثم ينظر إلى قيمة العرض فإن ساوى ست مائة فللقراض سبع السلعة فيما يقع لها من ربح ووضيعة، وهو القياس؛ لأن الدين كعرض فكأنه اشترى السلعة بمائة القراض وعرض، والواجب فيه اتفاقًا أن ينظر إلى قيمة العرض فإن كانت ستمائة كان للقراض السبع، وإن كانت سبع مائة فله الثمن، وعليه أصلح سَحنون مسألة المدَوَّنة ووجه تقويم السلعة أن الديون لما لم تجر عادة بتقويمها كانت قيمتها مجهولة وغالب بيع السلع بقيمتها دون غبن.

قُلتُ: هذان التوجيهان سبقه اللخمي بهما.

ابن رُشْد: الأحسن في هذا الأجل أن الديون لا تقوم عادة وأن السلع قد يتغابن في

شرائها، وإن كان الأغلب شراؤها دون تغابن أن تقوم السلعة بالنقد ألف دينار وعلى أن يتأخر من الثمن تسعمائة إلى ذلك الأجل، فإن كانت قيمتها بالنقد ألف دينار وعلى أن يتأخر من الثمن تسع مائة إلى ذلك الأجل ألفا ومائتان علمنا أنه زاد على قيمة السلعة بالنقد لأجل التأخير سدس الثمن؛ لأن المائتين التي بين القيمتين سدس الألف والمائتين فيحط من الألف التي اشترى بها السلعة سدسها، وهو مائة وستة وستون وثلثان، والباقي هو ثمن السلعة، وذلك ثمان مائة وثلاثة وثلاثون وثلث للقراض منها مائة وذلك عشرها وخمسة أسباع عشر عشرها، وكذا ما زاد أو نقص على هذا الحساب.

قُلتُ: قوله: وذلك عشرها إلخ، كذا وجدته في نسخ عدة وهو وهم، وصوابه: وذلك ثلاثة أخماس خمسها ففي كون العامل يشتري سلعة بمال القراض مع دين عليه لأجل شريكًا فيها بقيمة الدين نقدًا أو عرضًا يقوم بعين نقدًا أو بفضل قيمة السلعة يوم شرائها على مال القراض، ثالثها: يفضل ثمنها مقسطًا منه الجزء المسمى منها للخارج من تسمية فضل قيمتها مؤجلًا منها قدر ما في ثمنها من مؤجل لثمن أجله على قيمتها نقدًا من قيمتها مؤجلًا منها ذلك على مال القراض من ثمنها لمحمد مع روايته وابن القاسم، وأشهب، وسماع ابن القاسم مع المجموعة والموازيَّة، والمدَوَّنة واختيار ابن رُشْد، وسمع القرينان: إن أراد من بيده مالًا قراض خلطهما فأحب إلي أن يستأذنهما، فإن لم يستأذنهما فلا سبيل عليه، فإن أذن أحدهما وأبى الآخر فخلطهما استغفر الله تعالى.

ابن رُشْد: لا ضمان عليه.

اللخمي: ولا تخلط البضائع إن كانت من ذوات القيم، ولا بأس بخلطها إن كانت من ذوات الأمثال، أو جعل له أربابها البيع بعد الشراء فيجوز، وإن كان المشترى عروضًا كقراضين، ولابن كنانة وابن القاسم مع أمر بشراء ثوب فاشترك مع بزازين في ثياب وطار له في مقاسمتهم ثوب على الصفة المأمور بها لزم آمره فأجاز خلط البضائع فيما يخرجه القسم وإن لم يجعل للمأمور البيع.

قُلتُ: إنما يتصور خلط البضاعة من ذوات القيم بعد تعيينها وشرائها شائعة فيما

يقسم بعد ذلك ليس خلطا لها بل قسمها كابتداء شرائها، ولذا لو هلكت قبل قسمها جاز ما لم تكن من الأمر.

وفيها: يجوز له أن يشارك بإذن رب المال كما جاز له أن يقارض بإذنه، وإن شارك بغير إذنه ضمن وإن عملا معا.

اللخمي: شركته غيره في شيء بعينه إن انفرد بشرائه وحوزه أو شركه فيهما شريكه جازت، وإن انفرد بأحدهما منعت، وكذا في غير معين وحيث تمنع إن انفرد شريكه بالشراء والدفع ضمن العامل الخسارة والتلف ولو اختص بحوزها، ولو اختص بالشراء وشريكه بالحوز ضمن التلف فقط، فإن كان العامل فقيرًا وجهل شريكه أن ما بيده قراض لم يضمن شيئًا كمبتاع جهل غصب بائعه ما اشتراه منه وفيه خلاف، ولو علمه ضمن.

قُلتُ: في شركتها يجوز لأحد المتفاوضين أن يشارك غير مفاوضه دون إذنه في سلعة معينة؛ لأن ذلك تجر، وسمع ابن القاسم: إن شارك العامل رجلًا فهو ضامن نقصه وربحه على قسم قراضه.

ابن رُشْد: هذا تفسير لما في المدَوَّنة إذ لم ينص فيها على حكم الربح، وزاد فيها: منع شركة عاملين بمال رجل واحد، ومن شارك عامله بعد تجهزه لسفر بمال ففي تخفيفه إن لم يكن منه رأي ولا عادة وكونه لا خير فيه، ثالثها: هو الربا بعينه لابن القاسم مع سماعه والعُتْبِيّ عن أَصْبَغ وسَحنون.

ابن رُشْد: إن نزل فعلى الثاني يفسخ ما لم يعمل، فإن عمل مضى على قراضه، وعلى الثالث يفسخ متى عثر عليه، وللعامل أجر مثله، وقوله: إنه ربا مجاز، إنما هو إجارة فاسدة؛ لأنها بجزء من الربح.

الباجي: في شركتهما بعد عقد القراض أقوال مجملة في كونها قبل العمل أو بعده في المدَوَّنة، خففه مالك، ابن القاسم: إن لم يكن بوعد ولا وأي جاز، أَصْبَغ في العتبيَّة: لا خير فيه.

سَحنون: هو الربا بعينه، فيحتمل أنه اختلاف وأن قول مالك وابن القاسم بعد

العمل، وقول أَصْبَغ وسَحنون قبله، والصرف فيه عمل يجوز بعده.

وفيها: إن أبضع العامل ضمن ولو أذن له رب المال فلا بأس به إن لم يأخذه على ذلك.

سَحنون: من أذن لمقارضه أن يبضع ثم سافر فأبضع معه مقارضه فلما وصل رب المال عرف خريطته وماله فاشترى به فكل الربح له.

ابن رُشْد: لأنه إنما أذن له أن يبضع مع غيره.

قُلتُ: إن اشترى به لنفسه فواضح، وإن كان للعامل فالأظهر كون الربح للقراض.

اللخمي: إن ربح وأبضع بأجر فللمبضع معه أجرته في ذمة العامل وإن كانت أكثر من حظ العامل من الربح، وإن فضلها ففضله لرب المال لا للعامل؛ لأنه لم يعمل شيئًا، وإن أبضع مكارمةً دون أجر فللعامل الأقل من حظه في الربح أو إجارته مثل الذي عمل؛ لأنه لم يتطوع إلا للعامل وذو المال رضي أن يعمل له فيه بعوض.

وفيها: إن زرع دون شرط بأرض اشتراها أو اكتراها من مال القراض جاز إن كان بموضع أمن وعدل، وإن كان بموضع يرى أنه خطر ضمن، وسمع عيسى ابن القاسم: من اشترى بمال قراضه ظهرًا أكراه فهو ضامن.

ابن رُشْد: هذا خلاف إجازتها شراء أرض أو اكتراها ليزرع إذا لم يخاطر بذلك في موضع ظلم، إذ لا فرق بين المسألتين بل شراء الظهر للكراء أقرب للتجر بحمل القراض في هذا السماع على التجر المعروف للعامة.

وفيها: على كل تجر وإن لم يكن من عام التجر ففي جواز زراعته به وكراء الظهر، ثالثها: إن شرط ذلك لم يجز، وإن فعلهما دون شرط جاز لأحد قولي كتاب ابن شعبان وهذا السماع ولها.

وفيها: أخذه نخلًا مساقاة ينفق عليها من القراض كزرعه به، وسمع يحيى ابن القاسم: إن أجاز ذو المال كتابة العامل عبدا اشتراه فله من ولائه بقدر حظه في ربح المال منه، وإن لم يكن ربح فكله لربه.

ابن رُشْد: لا يجوز للعامل أن يكاتب؛ لأن الكتابة ليست من التجر لقولها: لا يجوز للعبد المأذون كتابة عبده، وفي الموازيَّة: لرب المال رد كتابة العامل ولو بعد الأداء والمأخوذ منه غلة، ابن ميسر إلا أن يكون أداها عنه أجنبي فأعتقه العامل فينفذ إن لم يحاب، ولو علم رب المال بذلك فسكت ولم ينكر لزمه، وإن أخذه على أن يخرج به لبلد يشتري منه تجارة فلا خير فيه.

قال مالك: يعطيه المال ويقوده كالبعير، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قارض رجلًا على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم يشتري به طعامًا لا بأس به، قيل: فلو كان لمكان بعيد برقة أو إفريقيَّة قال: لا بأس به.

ابن رُشْد: هو قول ابن حبيب إن لم يشترط جلب ما يشتريه إلى هنا أو يسمي سلعًا يشتريها هناك يأتي بها أو يحمل من هنا لهناك سلعًا يبيعها هناك فيكون أجيرًا، وكله خلاف قولها: لا يجوز على أن يخرج بالمال لبلد يشتري فيه تجارة؛ لأنه حجر عليه، إلا أن يشتري حتى يبلغه، وروى ابن وَهْب: من قال لرجل: اخرج إلى مالي بموضع كذا فاعمل به قراضًا لا خير فيه لقوله: اخرج وكأنه رآه من وجه المنفعة.

قال: وسئل مالك عن مصري بالمدينة سأل رجلًا أن يعطيه مالًا قراضًا يبتاع به متاعًا بالمدينة يخرج به لمصر يبيعه، ويدفع رأس ماله وحظه من الربح إلى وكيله بالفسطاط فقال: لا بأس بذلك، فروجع في ذلك وقيل له: إنما أعطاه المال على أن يبتاع به ويخرج به لمصر ألا تراه شرطًا؟

قال: لا بأس به هي بلده إليها يخرج، وروى ابن أبي أويس مثله، وهذا ليس بخلاف لقولها: وحجة جواز فعل عمر ﵁ المال الذي دفعه أبو موسى لعبد الله وعبيد الله ليبتاعا به متاعًا بالعراق يبيعانه بالمدينة قراضًا بإشارة من أشار إليه بذلك، ومن أعجزه ثمن ما ابتاعه في كراهة أخذه قراضًا ينوي دفعه فيه مطلقًا وإجازته إن لم يشغل قولا، سَحنون مع ابن القاسم في سماعه وسماعه مع ابن رُشْد عن مالك فيها وابن القاسم في الأسدية: ولو أعلم رب المال ذلك حين أخذه ففيها: لا يجوز؛ لأنه سلف بزيادة جزء الربح.

ابن رُشْد: اتفاقًا، قائلًا في بعض رواياتها لسَحنون: هذه جيدة أصح من الأولى، قال: فإن نزل فعلى قول مالك: الوضيعة على العامل إلا أن يبين أنه فعله على الصحة، وإن عجز وحقق على رب المال أنه علم صحته حلفه اتفاقًا، وإن شك فعلى اختلاف، وإن ربح وقال: كنت استغليت ليختص بالربح لم يصدق إلا ببينة وعلى قول ابن القاسم الربح للعامل والوضيعة عليه كما لو أعلمه وأخذه القراض بقوله: وجدت سلعة رخيصة ابتاعها به قبل شرائها جائز إن لم يسم السلعة ولا بائعها لفعله عثمان، فإن سمى أحدهما لم يجز وكان أجيرًا.

قُلتُ: عن الشَّيخ: لأَصْبَغ ومحمد مثل قول مالك معبرًا عن أَصْبَغ بقوله: يجوز وعن محمد بقوله: جائز.

قال: وفي الواضحة مثل ما تقدم إلا أنه قال: أخذ قراضًا على أن ينقد منه تمام ثمنها.

قال مالك: إن لم يكن لغلاء فجائز إذا وقع وأكرهه ابتداءً.

ابن حبيب: إن ظهر أنه استغلاها، ولم تكن تساوي ذلك رجع عليه بالزائد على قيمتها يومئذ، ولا ينظر إلى ما يبعث به من ربح، وإن علم أنه لم يستغلها ثم نقص ثمنها لم يرجع عليه بشيء، وإن خسر فيها كأن مبتاعها نقد الثمن من عنده أو لم ينقد منه شيئًا.

قُلتُ: ظاهر نقل ابن رُشْد عن مالك أنه إن لم يستغلها جاز ابتداءً، ونص الواضحة الكراهة ابتداءً، والإمضاء إن نزل ففي جوازه إن لم يستغلها وكراهته وبطلانه ثلاثة لابن رُشْد عن مالك والشَّيخ عنه وابن القاسم لتخريج ابن رُشْد عليه أن الربح والوضيعة للعامل، وظاهر تفريعه على قول مالك إن ثبت أنه استغلى وفيها ربح اختص به العامل، وظاهر قول ابن حبيب أنه يغرم ما زاد على قيمتها ولا يختص بالربح لقوله: ولا ينظر إلى ما يبعث به من ربح، وهذا هو مقتضى المذهب في تعدي العامل أنه لا يختص بالربح، وما ذكره مستدلًا عليه بفعل عثمان عزاه الشَّيخ لمحمد، وزاد عنه عن ابن وَهْب: إن قال: ادفع لي قراضًا أشتري به سلعة فلان، فإن لم يطلب ذلك ربه جاز، وإن طلبه لم يجز.

محمد: إن سمى السلعة أو البائع لم يجز، وإن نزل فللعامل أجر مثله، وسمع ابن القاسم: من قال لمن أخذ منه مائة قراضًا: إن احتجت زدتك تشتري سلعة بمائة دينار وعشرة دنانير؛ فيعطيه العشرة بعد شرائه لا بأس به.

ابن رُشْد: لأنه اشترى السلعة بالزيادة على ما دفع له صفقة واحدة، ولو اشترى بها في صفقة ثانية على أخذها من رب المال لم يجز، إلا أن يكون قراضًا ثانيًا لا يخلط بالأول.

ابن حبيب: يكره أخذه على أن يشتري من رفقة نزلت بهم معها تجر ويمضي إن نزل.

وفيها: لا ينبغي على أن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجودًا في الشتاء والصيف، ثم لا يعدوه إلى غيره ولا يبيعه بعرض سواه فيصير مبتاعًا لغيره وشرطه ذلك بعد أخذ المال وقبل إشغاله كذلك.

قُلتُ: المعتبر غلبة وجود ما شرط قصر التجر عليه لا دوام وجوده في الشتاء والصيف لقولها مع الموازيَّة: لا يجوز على أن لا يتجر إلا في سلعة كذا ليس وجودها بمأمون، ومنه ما يفعل بتونس من إعطائه على التجر في التمر فقط حين جلبه الأعراب إن كانت القافلة كبيرة جاز كإعطائه على التجر به في غلة الزيتون والتين والعنب حين إبانها، وللشيخ عن الموازيَّة: يجوز على أن لا يتجر إلا في النحل أو في الحيوان إن كان موجودا.

[باب في عمل القراض]

العمل: التجر بالابتياع والبيع، ومئونتها عادة فيها للعامل أن يؤاجر أجيرًا للأعمال التي لا بد من ذلك فيها، ويكري البيوت والدور والدواب، وإن أمر من يقتضي دينه بغير إذن رب المال ضمن ما تلف بيد الوكيل مما قبض(1).

ابن فتوح: للعامل أن يستأجر من المال إذا كان كثيرًا لا يقوى عليه من يكفيه بعض مئونته، ومن الأعمال أعمال لا يعملها العامل، وليس مثله يعملها ويطلب كونه بفعل العامل لا من غيره، وشرط كونه من غيره في عقده يفسده وإباحته له بعده خفيف، وسمع ابن القاسم: من أخذ قراضًا على دفعه لغيره يعمل به كره، ثم قال: إن قال: أبعث به لمن يعمل به فخفيف وما هو من عمل الناس.

ابن رُشْد: معنى الأول أنه دفعه له على شرط ذلك فلا يجوز؛ لأنه إجارة بما فيه غرر لاحتمال دفعه بأكثر من جزءه فيربح أو بأقل فيخسر فله إجارة دفعه إن نزل والعامل على قراضه، ومعنى الثاني أنه على غير شرطه وأذن له فيه بعد العقد، فإن كان قارض به بأكثر من جزئه الذي شرط فالزائد لرب المال، رواه محمد بخلاف المساقات؛ لأنها تلزم بالعقد فكان له الزائد والقراض لا يلزم به فلم يكن له، وإن قارض فيه بأقل

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ومؤنتها عادة) ليدخل به ما يحتاج إليه التجر من كراء بيت وإجارة وغير ذلك من ضروريات تجر القراض.

(فإن قلت): إذا أخذ مالًا قراضًا على أن العامل يعطيه لغيره والعمل والتجر على غيره هل هو قراض؟

(قُلتُ): قالوا إنه قراض فاسد ويصدق الحد عليه؛ لأنه أعم.

(فإن قلت): إذا دفع عرضًا لرجل يقول له بعه ولك إجارة كذا، واعمل بثمنه قراضًا هذه الصورة في جوازها خلاف أجازها ابن أبي زيد، ونقل عن القابسي المنع، وأجرى الخلاف على جواز اجتماع الجعل مع الإجارة، فهل تدخل هذه في هذا الرسم أم لا؟

(قُلتُ): يظهر أن الرسم يصدق عليها وليست من عمل القراض قبل البيع ومن عمله بعده والله الموفق.

منه كأخذه على أن له النصف وإعطائه على أن له الثلث فرب المال أحق بنصفه ويتبع العامل الثاني الأول بمثل سدس ربحه، هذا إن لم يكن يعلم رب المال بقراض الأول الثاني على أن له الثلثين، ولو علم ورضي فليس له إلا ما رضي به، واختلف إن علم وحضر وسكت هل هو كالإذن أو كغير العالم؟ وفرق في الموازيَّة فقال: إن قال: أبعثه مع مولاي لبلد آخر لمن يكفني أمره؛ لم يصلح.

إن قال: إلى قوم يشترون ويبيعون فأرجو خفته، ووجه تفرقته أن الأول معناه: ابعثه لمن يأخذه على الجزء الذي أخذته فقد لا يجده؛ فلذا كرهه وقال: إنه لا يصلح، والثاني معناه: ابعثه لقوم يشترون ويبيعون على ما أعاملهم عليه من الربح على وجه القراض أو من الأجرة على وجه الإجارة الصحيحة، وهذا لا يبعد وجوده فأجازه، وإن كان ذلك شرطًا فقد مضى فساده.

الربح: يستحق بما شرطاه ويجب كون حظ العامل جزءًا من الربح معلوم النسبة منه.

وفي كونه علمًا لا يفتقر لكبير حساب نظر كنسبة الربح في المرابحة كدفعه على عشر سبع الثمن، أو ما ليس على جزءين مختلفين بشرط الخلط كمائة على الثلث وخمسين على السبع.

وفيها: إن شرط لربه درهمًا من الربح وما بقي بينهما فسد القراض، والربح والوضيعة لربه وللعامل أجر مثله، ومثله في الموطأ.

الباجي: لا يجوز شرط أحدهما شيئًا من الربح إلا على الأجزاء، فلو شرط عددًا دون جزء أو عددًا مع جزء ولو درهمًا لم يجز إذ لعل ذلك العدد يستغرق الربح وتدخل الجهالة في الأجزاء المشترطة، فإن نزل ففي الموازيَّة عن مالك وأصحابه: إن أسقطا الشرط قبل العمل جاز، وبعده روى يحيى عن ابن القاسم كذلك، وأنكره يحيى.

اللخمي: ما فسد لزيادة في كون حظ عامله أجر مثله أو قراض مثله، ثالثها: إن كانت الزيادة لذي المال فللعامل الأقل من المسمى أو قراض المثل، وإن كانت له فله

الأكثر منهما، وإن قال: خذه قراضًا ولم يزد أو على جزء من الربح لم يسمه فسد، وتقدم قول الباجي: يجوز شرط كل الربح للعامل أو لرب المال في المشهور.

وفيها: إن شرطا في معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه ولا يقضى بذلك عليهما.

ابن رُشْد: في آخر مسألة من رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في كتاب الحبس إن كانت الصدقة أو الهبة لغير معين ففي لزومها والحكم عليه بها اختلاف، والقولان في المدَوَّنة على اختلاف الرواية فيها.

قُلتُ: استيفاؤه في الهبة، والمشهور عدم الحكم به وانتقالهما عن جزء أحدهما لأكبر منه قبل إشغاله أو بعد نضه دون ربح ولا وضع جائز.

اللخمي: اتفاقًا، وبعده والمال سلع في جوازه قولان لها ولابن حبيب بناءً على لغو التهمة على أن الزيادة لإبقائه عند التمكن من رده واعتبارها، وعلى الجواز إن كانت للعامل صحت لحوزه وإلا ففي بطلانها لعدم حوزه.

نقل اللخمي: وتخريجه على الهبة لا تبطل إن لم تكن تهمة؛ لأن التراخي لتأخر وقت المفاصلة وهو أحسن.

قُلتُ: هو نحو قولها: من اشترى لأهله هدية في سفره ثم مات قبل وصوله، فإن كان أشهد على ذلك تمت لهم، وكذلك لأجنبي ولم يحك الصقلي غير الأول معزوًا لبعض القرويين وهو التونسي، ورجح قول ابن حبيب قائلًا: لا تجوز هبة أحدهما الآخر.

قال: وأجاز محمد ترك العامل النفقة بعد الإشغال وهي هبة منه لا قبله.

قُلتُ: قولها هو مقتضى قول مالك في الموطأ: إن أبضع رجل المال مع العامل لبيع أو شراء أو استسلف العامل منه، فإن كان ذلك لإخاء بينهما ويعلم أنه لو لم يقارضه فعلا ذلك فلا باس به، وإن كان ذلك بشرط وخيف أنه إنما فعل ذلك لإبقاء المال قراضًا لم يجز، أبو عمر: هذا صحيح.

الباجي في العتبيَّة لعيسى عن ابن القاسم في العامل يسافر: فيقول لذي المال: لا

أنفق من مالك إن كان عينًا لم يجز، وإن كان بعد الشراء والشخوص جاز.

قُلتُ: هو في العتبيَّة تفسير من قول عيسى لقول ابن القاسم، قال ابن رُشْد: هو صحيح مبين لقول مالك، ويلزم العامل على ذلك على القول بلزوم العدة؛ لأنها عدة، وإن قال ذلك عند خروجه والمال بحاله فهو مكروه لا يلزم، ولا يفسخ به إلا أن يكون كالشرط.

وفي جواز شرط العامل عون غلام رب المال نقل الشَّيخ روايتي محمد مصوبًا الأول، وهي روايتها فيه وفي دابته.

وفيها قلت: إن أخذه على أن له شركًا في المال أيرد لقراض مثله؟ قال: نعم كما لو أخذه ولم يسم ماله من الربح.

قال غيره: إن قال: شركًا في المال فهو النصف.

الباجي: إن قال: على أن لك في الربح شركًا أو شركة جاز، فإذا قلنا بجوازه فقول ابن القاسم: إن عمل فله قراض مثله، وقال غيره: له النصف.

ابن زرقون: انظر كيف قال: إنه جائز وفيه قراض المثل هذا لا يلتئم، والصواب أن ابن القاسم يراه فاسدًا وغيره يراه جائزًا وهو ابن الماجِشُون، ونوقض قولها بقولها في السلم الثالث من قال لرجلين اشتريا عبدًا: أشركاني، فأشركاه العبد بينهم اثلاثًا؛ لأنهما أرادا أن يكونا فيه كأحدهما؛ لأن مدلول أشرك مطلق المصدر فهو كلفظ الشرك، وفرق بأن لفظ: أشركاني يقتضي التسوية، والشرك كلفظ النصيب، وظاهر لفظ ابن رُشْد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة مثل قول الغير في القراض حسبما تقدم، ودفع مالين معًا لعامل بجزء واحد بشرط خلطهما أو مطلقًا جائز، وظاهر قول اللخمي أنه على الخلط حتى يشترط نفيه، فإن اشترط ففي جوازه ومنعه نقلًا التونسي مع الشَّيخ عن محمد، ورواية أبي زيد مع ابن حبيب قائلًا: إن نزل ففيه أجر مثله.

الصقلي: مقتضى أصله قراض مثله إذ ليس فيه اختصاص بزيادة، وقال: روى أبو زيد عن ابن القاسم وكذا لابن رُشْد عن محمد كالصقلي.

التونسي: ظاهر قولها: إن نض المال دون ربح ونقص جاز إعطاؤه آخر إن كان

بمثل جزء الأول كقول محمد؛ لأن شرطه مماثلة الجزء دليل على عدم الخلط، وقاله ابن رُشْد وعلى جزأين بشرط الخلط جائز وشرط نفيه لا يجوز، وخرجه اللخمي على الأول قائلًا: لأن المنع خوف أن يخسر في أحدهما ولا يجبر من الآخر، وهذا تماثل الجزء فيه واختلافه سواء.

قُلتُ: في المختلف احتمال إيثاره الأكثر حظًا له باربح السلع.

قال: ويحمل المختلف في السكة عدم الخلط.

قُلتُ: ولا يتخرج من قول ابن حبيب بحمل العقد المحتمل للفساد على الصحة حمله على الخلط؛ لأن ذلك في عقد غير الرخصة ولأن ذكر اختلاف الجزء قرينة في عدم الخلط ودفع ثان قبل شغل الأول.

قال اللخمي: كأخذهما معًا وهو ظاهرها وبعد نض الأول بحاله فيها يجوز بمثل جزء الأول.

الصقلي: يريد: بشرط عدم خلطهما وشرط خلطهما جائز ولو بجزء مخالف للأول، وله مع الشَّيخ عن الموازيَّة إن نض الأول بحاله جاز أخذه، الثاني: على قراض مختلف أو متفق إن كان على الخلط وإلا لم يجز.

قُلتُ: ظاهره وإن كان بمثل جزء الأول.

وقال الصقلي: يريد: على عدم الخلط ولو كان عليه جاز على كل حال وبعد نضه بربح أو وضيعة في منع ثان مطلقًا أو ما لم ينض بربح، والثاني مثل جزءه على عدم خلطه، ثالثها: هذا ما لم يعلم قصد العامل رده ليستعجل ربحه فيمنع أو تماديه فيجوز مطلقًا لابن القاسم وغيره فيها، واللخمي قائلاً: إن عمل على الفساد بشرط الخلط فض الربح على الحالين يوم خلطًا يجبر لمناب الأول، وله في الثاني قراض مثله ما لم يجاوز المسمى؛ لأنه رضيه على جبر خسارة الأول من ربحها.

قُلتُ: هذا إن كان في الأول يوم الخلط وضيعة وصور فساده أعم.

الصقلي: عن سَحنون: إن دفعه وفي الأول ربح فربح فيهما قسم هذا الربح عليهما بحظ الأول على قراضه، وحظ الثاني لربه وللعامل أجر مثله، ولو خسر فضت الخسارة

عليهما، فمناب الأول يجبر بربحه، ومناب الثاني على رب المال وللعامل أجره، ولابن حبيب: هما في مناب الثاني على قراض المثل فيه دون شرط الخلط.

الصقلي: قد قال في شرط عدم خلط المالين إنه أجير وفي هذه قراض مثله ولو عكس كان أولى على أصله، ولم يفسد القراض الأول ورواه باقيًا على شرطه حتى يقبض؛ لأنه يجبر بما ربح فيه آخر ما خسر في الأول، والقياس أنه أجير فيهما؛ لأنه كزيادة مشترطة للعامل إن كان في الأول وضيعة ولرب المال إن كان فيه ربح، ورده ابن عبد السلام بأنه باق على أصل صحة عقده حتى يقع الفصل فيه بالفعل هي على غير نقل المازري وغيره: من ملك أن يملك عد مالكًا، ومن خير بين شيئين عد منتقلًا فيما يوجب فسادًا، وذكر ابن رُشْد قول ابن حبيب قال: وقال فضل: هو قول ابن القاسم في العتبيَّة؛ لأنها زيادة داخلة في المال، ولا أعرف هذا في العتبيَّة في روايتها، ورأيت لفضل أنه يرد في المال الثاني لإجارة مثله على قول ابن القاسم في المدَوَّنة؛ لأنه جعل شرط الخلط مثل شرط: إن وضعت في المال الثاني جبرته بالأول فصارت زيادة خارجة مع الغرر إذ قد يخسر أو لا يخسر.

قُلتُ: فما أخذ على خلطه بالأول بعد نضه غير باق على قدره إن نزل في كونه في الثاني على قراض مثله مطلقًا، أو ما لم يزد على المسمى إن كان في الأول نقص أو أجيرًا والأول على قراضه في الثلاثة، رابعها: أجير فيهما لابن حبيب مع فضل عن ابن القاسم في العتبيَّة واللخمي عن المذهب، ونوازل سَحنون مع فضل عن الجاري على قول ابن القاسم فيها، والصقلي: وبعد شغل الأول على خلطهما لا يجوز فيها ولو كانت قيم سلعه كرأس مالها؛ لأن الأسواق تحول ودون شرطه جائز مطلقًا.

محمد: روى أشهب: إن اختلف كره، ونقل اللخمي: لا يعجبني.

وفيها: لا يجوز شرط زكاة المال على العامل.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وفي جواز شرط زكاة الربح على أحدهما، ثالثها: على العامل، ورابعها: عكسه لابن رُشْد عنها وعن الأسدية مع سماع أشهب وله عن سماع أشهب في المساقاة قائلًا: المساقاة والقراض سواء، ولتخريجه قال على ما بيناه من سقوط الغرر في

شرطها العامل على رب الحائط على أن الحائط إن لم تجب فيه زكاة لرجع جزء الزكاة لمن شرط عليه، وذكرها ابن زرقون كأنها من عند نفسه، وعزا عياض ما في الأسدية لرواية في المدَوَّنة بلفظ لا خير في شرط زكاة الربح لواحد منهما على صاحبه، وعزاها الصقلي ليزيد بن أيوب.

عبد الحق: ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم: يكره شرط العامل على رب المال زكاة ربح المال، وما ذكره عن ابن القاسم هو في الأسدية.

قُلتُ: إنما نقل غير واحد عن الأسدية منع شرطه مطلقًا لا للعامل فقط، وظاهر نقلهم عنها منع الحرمة لا الكراهة فنقل عبد الحق الكراهة، خامس: الباجي: انظر إن شرط زكاة العامل من الربح في الربح.

قُلتُ: هذا يرجع لعمله على جزء معلوم إلا أنه لا يدرك إلا بإعمال نظر زائد على إعماله في شرط زكاة كل الربح؛ ولذا جعله محل نظر، وقد تقدم إجزاء ما لا يدرك إلا بنظر حسابي على ما في إدراك قدر الربح والضيعة في المرابحة على ذلك، وقول ابن الحاجب: وتعقب إطلاقه؛ يعني: قولها: لأنه يرجع بجزء معلوم، والتعقب هو ما في رواية يزيد في المدَوَّنة من قوله؛ لأن المال قد لا تجب فيه زكاة، وقد تجب فيصير العمل على غير جزء مسمى، وقوله: وقيد بأن المراد نسبته وإلم تجب.

قُلتُ: هو مدلول قولها: لأن ذلك يصير جزء مسمى كأنه أخذه على أن له خمسة أجزاء من عشرة ولرب المال أربعة أجزاء والجزء الباقي للزكاة.

عبد الحق: هذا تقريب، وحقيقته أنه أخذه على أن له ربع عشر الربح كله ونصف ما بقي بعد ربع عشره وجواب بعضهم بأن الأمر محمول على أن المفاضلة لا تقع إلا بعد حول ويرجو أن فيما دون النصاب بلوغه إياه يرد بأنه احتمال غير راجح فلا ينفي الغرر؛ ولذا قال ابن رُشْد في المساقاة: إن كان الحائط كبيرًا يعلم أنه تجب فيه الزكاة فقول المدَوَّنة أصح، وإلا فما في الأسدية أصح، وقول ابن عبد السلام: هذا الجواب وإن ضعف خير من الذي قبله لما يؤدي إليه الذي قبله من النزاع في قسمة الربح إن سقطت الزكاة عنه، يرد بأن النزاع عارض لهما على السوية فتأمله، وعلى الجواز لو

تفاصلا قبل وجوبها ففي كون جزءها لمشترطه على غيره أو له أو بينهما أنصافا، ثالثها: الربح بينهما على تسعة أجزاء خمسة لرب المال وأربعة للعامل.

الصقلي: عن رواية ابن وَهْب والمقدمات، وله عن سَحنون وغيره قال: وهو أعدل، وقاله التونسي في شرط زكاة المساقات، وعزا الأخير لابن عبدوس، وعزو المقدمات للواضحة أنه لمشترطه قائلًا: إن شرط على العامل أخذ أربعة أعشار الربح وثلاثة أرباع عشره خلاف نقل الصقلي في الزكاة قبل ذكره الأقوال الثلاثة عن الواضحة يختص المشترط بربع عشر الربح، ويقسمان ما بقي وهو راجع للثلاث، وتوجيهه قول سَحنون بهذا عنهما حظ الزكاة يقتضي كونه كذلك لو كان حظهما في الربح مختلفًا، ونعني بالثالث قسم الربح على ما يجب لكل منهما منه بعد طرح حظ الزكاة من حظ من شرطت عليه، ففي قراضها بالنصف على تسعة وثلاثين للمشترط منها عشرون، وعلى الثلث للعامل على مائة وسبعة عشر له منها سبعة وثلاثون.

وفيها: وجوب جبر نقص المال بخسارة أو عداء أو تلف، ولو قبل انتقاله بربحه قبله أو بعده، ولو شرط العامل بعد نقصه عدم جبره.

ابن حبيب: لو لقي العامل رب المال فأخبره بنقصه فقال: اعمل بما بقي فقد أسقطت عنك ما ذهب فهو قراض مؤتنف ولو لم يحضر المال، وفي الموازيَّة: لو أخبر العامل بمائة رب المال بأخذ لص منها خمسين فدفع إليه خمسين فرأس المال مائة وخمسون إن فضل بعد الخمسين ومائة شيء اقتسماه على شرطهما.

التونسي: إنما يتم هذا إن صار المال مائتين لوجوب فض الربح على الخمسين الباقية من المائة والخمسين الثانية، فمناب الأولى لا قسم فيه لوجوب جبر نقص المائة، ومناب الثانية منه ربح يقسم.

قُلتُ: قوله: إنما يصح هذا إذا صار المال مائتين نص في مخالفة حكم ربح هذه المائة قبل بلوغها مائتين لحكمه حين بلوغها مائتين وليس كذلك؛ لأن حكم ربحها دائمًا وجوب جبر مناب الخمسين الباقية منه لما سرق، والزائد عليه ربح يقسم كمناب الخمسين الثانية، وبلوغ المال في ذلك مائتين وعدمه سواء، فإن قيل: مراده أنه لا يقسم

لربح الخمسين الباقية بحال قبل بلوغ المال مائتين.

قُلتُ: إن كان مراده هذا فالعبارة عنه إنما هي بلفظ: إذا زاد المال على مائتين؛ فتأمله، وقوله: إنما يجري على متقدم قول ابن حبيب في رفع حكم القراض الأول بعد نضه بمجرد قولهما ذلك، والرواية على معروف المذهب مستقيمة فتعقبه تعقب عليه، ولو قسما ربح المال وقال: اعمل بما بقي قراضًا ففي كونه مؤتنفًا وبقائه على حكم الأول حتى يقبضه ربه قول ابن حبيب مع روايته عن مالك وأصحابه غير ابن القاسم وقولها مع محمد عن أَصْبَغ بشرط قبضه على الصحة والبراءة ورواية أصحاب مالك.

الباجي: عن ابن مزين: إن أحضر المال وقبضه ربه على غير صحة، ثم رده في المجلس والفور قراضًا فهما على قراضهما يجبر الآخر بالأول إن كانت فيه وضيعة.

قال ابن عبد السلام: اختار غير واحد من المتقدمين والمتأخرين قول ابن حبيب وهو ظاهر الموطأ.

قُلتُ: انظر ما ذكره عن غير واحد: لا أعرفه، ومشاهير مؤلفي المذهب كالصقلي واللخمي والتونسي وابن رُشْد ونحوهم ليس لهم في ذلك شيء، وكذا نقله عن الموطأ؛ لأن لفظه ما نصه: قال مالك: لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله، ثم يقتسمان الربح على شرطهما.

ابن رُشْد: في رسم شك في طوافه: قال مالك في موطئه: لا أحب أخذ رب المال ربحه حتى يحضر المال كله ويحاسبه ويصير إليه، ثم إن شاء رده أو أمسكه، وظاهر الواضحة إن قسما الربح على غير محاسبة ولا اعتماد مفاصلة جاز؛ لأنه قال: إن فعلا ذلك وجاء في المال نقص جبر من الربح الذي قسماه.

قُلتُ: دلالة هذا اللفظ على المنع أقرب من دلالته على الجواز.

ابن حارث: اختلف إن دفع العامل لرب المال حظه ربحه من مال نفسه، ثم يستوفيه من مال القراض فسمع ابن القاسم: لا بأس به، وقال سَحنون: لا يجوز إلا يدًا بيد وزنًا بوزن.

ابن رُشْد: عن بعض أهل النظر: قول سَحنون جيد؛ لأن ربحه ليس في ذمة العامل إنما هو في المال بعينه فلا يجوز أن يعطيه من غيره إلا كما قال سَحنون: وإلا كان ذهبًا بذهب غائبة، وهو تعليل حسن إن أعطاه الربح من ماله على وجه الاشتراء منه للربح الذي في يده، وقول مالك جيد إذا كان إنما أعطاه الربح من ماله على وجه السلف حتى يقبضه من الربح، فلو نص على أنه سلف جاز، والخلاف إنما هو فيما يحمل عليه الأمر عند الإطلاق، فحمله مالك على السلف فأجازه وسَحنون على البيع فمنعه.

قُلتُ: قوله هو الجاري على المشهور في العقد المحتمل للصحة والفساد، وفي صرفها ولو ادعته مائتي درهم، ثم لقيته والدراهم في بيته فهضمت عنه مائة على أن أعطاك مائة من غير المائتين لم يجز، إنما يجوز أن تأخذ منه مائة وتدع له مائة، قال بعض الفاسيين قصد بيان الوجه المشكل: ولو أخذ منه مائتين كان أقوى في المنع؛ لأنها مناقلة فاسدة.

قُلتُ: الأظهر في أخذه منه مائتين أنه يجري على قول مالك، وسَحنون في مسألة القراض، وسمع ابن القاسم: إن أذن رب المال للعامل في أخذ ربحه فلا يأخذ شيئًا حتى يقتسما.

ابن رُشْد: كرهه؛ لأنه راجع إلى إعطائه حظه قراضًا على خلطه بالأول، وقد يكون المال لم ينض فصار كإعطاء مال ثان بعد شغل الأول على خلطه به، أو نض بوضيعة، فصار كإعطاء مال ثان بعد نضوض الأول بخسارة على خلطه به.

قال فضل: إن وقع فالأول على حاله وفي الثاني أجر مثله، ولو تحقق نضوض الأول دون نقص لجاز كدفع مال بعد مال، ولهذه العلة منع مالك في الموطأ قسم الربح دون حضور رأس المال ونضوضه، وسمع عيسى ابن القاسم: إن باع عامل بعشرة دنانير تنقص خروبة سلعة اشتراها بها بعشرة دنانير قائمة فأراد من له الدنانير أخذها، ويعطيه قدر منابه دنانير لم يصلح؛ لأنه ذهب بذهبٍ متفاضلًا.

ابن رُشْد: لأن ربحه لم يتعين في الدنانير القائمة ولا شرك له فيها مع رب المال إذ لا ربح له إلا بعد نضوض رأس المال دنانير ناقصة خروبة، ولا يحصل إلا بعد بيع

الدنانير القائمة بدراهم وبيعها بدنانير ناقصة خروبة ولا يدري إن فعل ذلك هل يكون ربح أم لا؟ ولا قدره؟ فدخله الغرر مع ما ذكره من الربا، ويظهر من تعليله أن ذلك يجوز في الورق ولا يجوز على ما بيناه من الغرر، ولو باع السلعة بدنانير من صفة رأس المال وصار له في ربحها بعض دينار جاز أن يعطيه في حظه منه تبرًا مراطلةً بأن يزن جميع المثقال فيعطيه قدر الجزء الذي له فيه تبرًا ذهبًا أو مثقالًا بوزنه إذ لا يقسم المثقال على ما قالوا في الحلي بين الشريكين ولا خلاف في هذا، بخلاف النقرة بين الشريكين أجازه ابن القاسم، ورواه لما في قسمها من المدَوَّنة ومنعه في رواية أشهب، وناقض فضل قول ابن القاسم في هذه المسألة بمتقدم قول مالك: لا بأس أن يأخذ المقارض من شريكه ربحًا ذهبًا من غير الذهب التي بينهما وليست بمناقضة صحيحة؛ لأن الربح في هذه لم يتعين بعد للعامل في الدنانير القائمة، وسمع ابن القاسم: من أخذ قراضًا فاشترى متاعًا وداين ثم دعا ربه لحسابه، فقال: عندي كذا فقال رب المال: أعطيك ربحك من النقد وأبرئك من الدين، وهو رأس مالي والعرض إن دخله نقص فهو علي، والعامل يعمل فيه كما هو لا خير فيه حتى يصل المال.

ابن رُشْد: قوله: إلا أن العامل يعمل فيه كما هو أي حتى ينض المال بقبض الدين وبيع العروض، وقبض أثمانها وكونه لا خير فيه؛ لأن السنة ألا يقسم الربح إلا بعد نض المال أو رضى رب المال أن يخرج في رأس ماله إلى دين أو يأخذ فيه عرضًا، وروى ابن حبيب إذا تفاصلا وقسما الربح فلا بأس أن يأخذ رب المال رأس ماله عينًا، ويقسمان ما بقي من السلع أو غيرها أو يأخذ رب المال رأس ماله سلعًا ويقسمان ما بقي من عين أو عرض، فإذا لم يكن للعامل أن يأخذ حظه من الربح حتى ينض رأس المال إلا برضى رب المال بالمفاضلة قبل النضوض؛ لأن رب المال إنما فاصله قبل نضوضه، وعجل له حظه من الربح قبل النض على أن يعمل في المال حتى ينض باطلًا بغير شيء يكون له فيدخله سلف جر نفعًا.

قُلتُ: قال ابن حارث: اختلف إن تفاصلا فبقيت لهما سلع فأخذها العامل بكذا إلى أجل، فقال ابن حبيب: كان ابن القاسم يغمزه وأصحاب مالك يجيزونه؛ لأن

القراض انقطع، ولو ضاع المال بعد الشراء به قبل نقده ففي لزوم ربه خلفه وتخييره فيه نقل اللخمي عن المغيرة وقولها: بزيادة إن أخلفه لم يجبر بربحه الأول، وإن أبى فربح السلعة ونقصها للعامل، وعليه وعلى الأول قال ابن عبد السلام في جبر الأول بربح الثاني نظر.

قُلتُ: الأظهر جبره به؛ لأن لزوم خلفه إنما هو بالعقد الأول فيجب إضافته له.

وفيها: إن ضاعت السلعة والمال قبل النقد فلا شيء على رب المال ويغرم العامل الثمن.

قُلتُ: مقتضى قول المغيرة غرم رب المال الثمن وجبر ربح الأول.

فهرس الموضوعات